

دكتور عبد الستار مبرور النجار
أستاذ القانون الدني المساعد
بكلية الشريعة والمساون بالقاهرة
جامعة الأزهر

الضرر الأدبي

ومدى ضمانه فى الفقه الاسلامى والقانون

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
١٤١١هـ - ١٩٩٠م
حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبدالحالى ثروت بالقاهرة

إهداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور / علي حسين كرار
القاهرة

دکتر عبد الستار بنوری (رحمۃ اللہ علیہ)

آيات القانون المدني المساعد

بكلية الشريعة والمتانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

الضرر الأدبي

ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

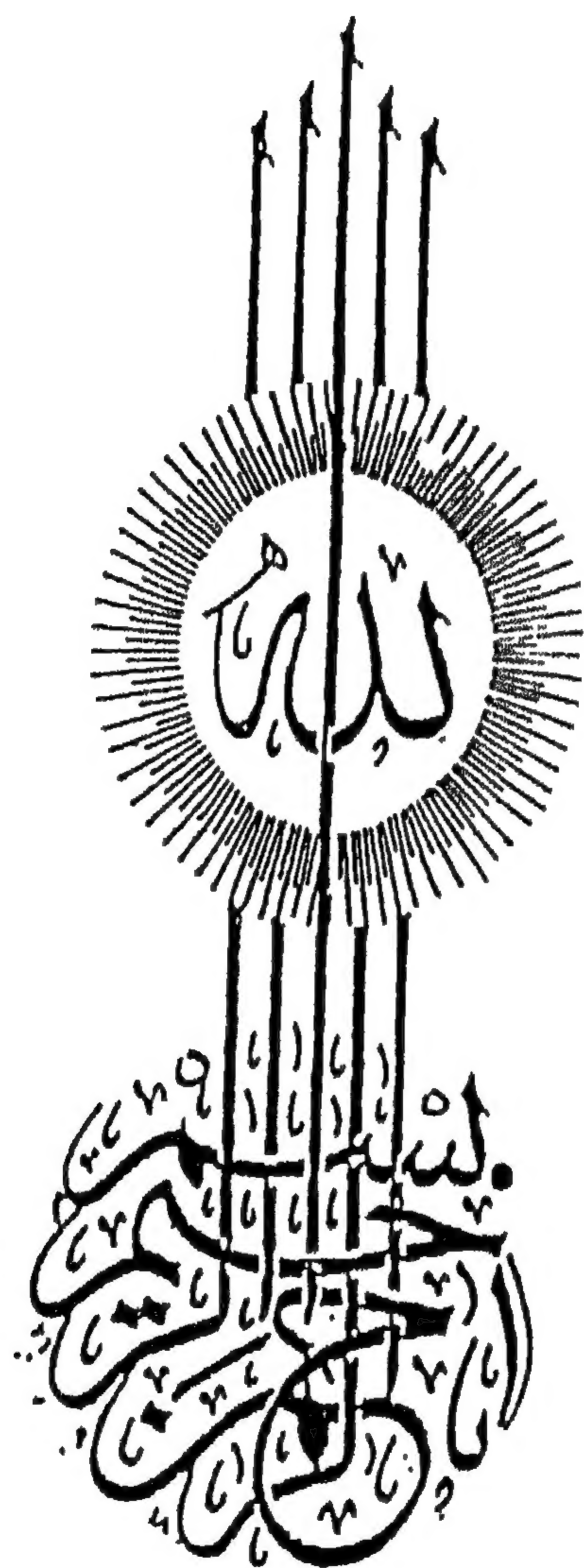
١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبدالمخالق ثروت بالقاهرة



تقديم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وسيد الأولين والآخرين ، سيدنا محمد بن عبد الله الذي أرسله
ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ، فأدى الأمانة
وبلغ الرسالة ، وترك شريعته كاملة متكاملة صالحة لتحقيق مصالح
الناس وحفظ حقوقهم ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها . وبعد

فإن موضوع الضرر الأدبي قد أصبح في وقتنا الحاضر يمثل
أهم الموضوعات التي تمس حياة الناس ، وتشغل بالهم ، لما يتسم
به من أهمية عملية يعكسها عدد القضايا التي تثار بين جنابات المحاكم
مطالبة بالتعويض عنه ، وقد تجاوز مجال الضرر الأدبي الحدود
التقليدية التي كان يقف عندها إلى مجالات قانونية جديدة ، تتوخى
حماية الكيان الأدبي للانسان بصفة عامة ، وأسفر ذلك التوسع في
نطاقه إلى ظهور موضوعات جديدة تعد مجالا لدراسته ، كالحق في
السمعة ، وحق الانسان في تمييز ذاته ، وحقه في حماية خصوصيات
حياته ، وحقه في سلامة جسده ، وغير ذلك من الحقوق التي يعتبر
الضرر الأدبي تعديا عليها ، والتي نود أن نقف على حكم التشريع
الاسلامي فيها .

وفي تصوري أن الضرر الأدبي هو أكثر الأضرار خطورة ، وأكبرها
أثرا في حياة الفرد والجماعة ، بل انه لا يوجد أي نوع من أنواع التعدي
إلا وللضرر الأدبي فيه وجود ، حتى اننا اذا تأملنا الأضرار المألوفة
الخالصة ، وجدنا انها في حقيقتها تنتهي إلى ضرر أدبي ، يتمثل
في الحزن والألم الذي يصيب الانسان من مجرد التعدي الذي يسفر
عن فقد مبلغ من المال ، فالضرر الأدبي موجود في كل صور التعدي ،
بل هو القاسم المشترك بينها جميعا .

لهذا كان تفريد الضرر الأدبي بالدراسة أمرا بالغ الصعوبة
في كثير من الصور حيث يوجد الضرر الأدبي فيها ممزجا بالضرر المادي
على نحو يجعل تصنيف الضرر في جانب معين أمرا بالغ الصعوبة ، ولذلك

جرى العمل في هذا البحث على أن يكون تغليب جانب الضرر الأدبي في الموضوع هو المسوغ لدخوله ضمن منهج دراسته ، فكلما كان الضرر الأدبي خالما أو غالبا في الموضوع ، كان ذلك مسوفا لشموله بالبحث والنظر في محاولة لاستجلاء المبادئ العامة التي تحكم هذا النوع من الضرر مع التركيز على الجانب الأدبي منه في حالة وجوده مختلطا مع الضرر المادي .

ومن المسائل التي تعكس أهمية دراسة الموضوع ما يتصل بكيفية التعويض عن الأضرار الأدبية ، أو مدى إمكان التعويض عما ينشأ في ظل أحكام المسؤولية المدنية من أضرار أدبية ، ولقد بات من المسلم به في فقه القانون والتشريع ، أن للضرر الأدبي ذاتية متميزة ووجودا مستقلا يتميز بهما عن غيره من الأضرار التي تؤدي إلى قيام المسؤولية ، ويكون بذاتيته وتميزه سببا لقيام أركانها ، وتحقق وجودها بما تستوجبه من محو لأضراره ، أو تخفيف لآثاره ، ولكن تحديد نطاق المسؤولية عن الضرر الأدبي ما زال يشير بعض الاختلاف في الرأي حول المدى الذي يجب أن تقف عنده حدود تلك المسؤولية ، وبخاصة ما يتعلق منها بطبيعة الضرر الأدبي في ذاته ، ونطاق وجوده فسي ساحة المصالح المعتدى عليها منه ، والتي تقررت المسؤولية لحمايتها من خلاله ، ولعل هذا الاختلاف مرده إلى عموم النصوص التي تعالج أحكام الضرر الأدبي ، وإطلاقها ، فهي وإن كانت تقر أصل المبدأ وهو جواز التعويض عنه ، إلا أنها قد عبرت عن ذلك بنوع من العموم الذي لا يحدد نطاقه ، ولا يبين حدوده ، وذلك مدخل طبيعى لاختلاف في الرأي حول تلك المسائل ، بدأ ظهوره مع وجود فكرته ، وانعكست آثاره على القضاء ، الذي ترددت أحكامه في أول العهد به بين الاعتبار والانكار ، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي تشهد استقرارا ملحوظا في ظل التقنين المدني الجديد ، والفقه ، وما تجرى عليه أحكام القضاء ، إلا أن تفريد كثير من مسائله ما زال في حاجة إلى المزيد من التأصيل والدراسة . ذلك بالنسبة للقانون وفقهه ، أما بالنسبة للتشريع الإسلامي ، فيمكن القول : أن فكرة الضرر الأدبي ، وقيام أحكام الضمان عنه تعد من المسائل التي تفرضها قضايا التشريع المعاصر ، وتلح في استجلاء أحكامها من

من خلال فقهه ومصادره ، ورغم أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي أصبحت تشكل تواجدا مستمرا في حياة الناس ، واستقرارا ملحوظا نفسي ساحات المحاكم ، إلا أن ذلك التواجد المستمر ، والاستقرار الواضح لها في مجال التطبيق لم يلقيا في مجال الدراسات الفقهية ، ما يجلب كثيرا من أحكام هذا النوع من الضمان ، رغم تلك الأهمية التي حظي بها في المجال العملي ، حتى أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي من فرط ندرة ما تلاقيه من اهتمام في مجال الدراسات الفقهية تبدو غير واضحة المعالم رغم تزايد أهميتها في وقتنا الحاضر ، ورغم أن فقهاءنا القدامى قد وضعوا الأساس السليم لما يؤصل أحكامها ويحدد معالمها ، ويبين مدى مشروعية التعويض عن الضرر الحاصل من خلالها ، أقول : رغم أن فقهاءنا قد أدوا واجبهم نحوها ، ووضعوا أساس فكرتها ، إلا أن من بعدهم من المشتغلين بالدراسات الفقهية لم يكملوا البناء ، ولم يخلفوا ما يتعلق به ، غير معلومات متناثرة هنا وهناك ، لا يجمعها ضابط ، ولا يربط بينها رابط ، وهي على شدة أهميتها ، لا تروى عطشا ، ولا تشبع نهما ، ومن ثم كان في حاجة إلى تأصيل وزيادة دراسة ، تكمل هذا النقص أو تضيف إلى بناء الفكرة جديدا يؤصل أحكامها ويجلب سائلها على ضوء أحكام التشريع الإسلامي ، وهذا ما نرجوه من وراء تلك الدراسة .

أرجو الله تبارك وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل ، وأن يجعله خالصا لوجهه ، وأن ينفع به الإسلام والمسلمين ، هذا وما توفيقسي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

المؤلف

(الخطة العامة لدراسة الموضوع)

تقوم دراسة هذا الموضوع في إطارها العام على

قسمين رئيسيين :

القسم الأول : حقيقة الضرر الأدبي وتطبيقاته
في الفقهين الاسلامي والوضعي .

القسم الثاني : مدى ضمان الضرر الأدبي في الفقهين
الاسلامي والوضعي .

القسم الأول

حقيقة الضرر الأدبي وتطبيقاته
في الفقهين الإسلامي والوطني

١ — نتناول في هذا القسم بيان حقيقة الضرر الأدبي فنعرف به
ونبين خصائصه ، وشروطه ، ثم نحاول تأصيل تطبيقاته
الفقهية في كل من الفقهاء الاسلامي والوضعي ، وسوف
نتناول دراسة هذه المسائل من خلال البابين التاليين :

الباب الأول : حقيقة الضرر الأدبي .

الباب الثاني : تطبيقات الضرر الأدبي .

الباب الأول

حقيقة الضرر الأدبي في الفقهيين
الإسلامي والوطني

٢ - وفي هذا الباب سوف نقوم بتعريف الضرر الأدبي ونبرز خصائصه
في الفصل الأول ، وفي الفصل الثاني نبين شروط الضرر
الأدبي ، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول

التعريف بالضرر الأدبي وبان خصائصه

(المبحث الأول)

التعريف بالضرر الأدبي

(المطلب الأول)

التعريف بالضرر الأدبي في فقه القانون

٣ - يملك الانسان باعتباره انسانا عدة مكنات أو ميزات تكمن في حياته ، وفي القدرات التي منحها الله له والتي بها يقدر على العمل والتفكير ، وهذه القدرات التي منحها الله له تسمح له من جانب سب أول أن يقوم بالأعمال الضرورية لحياته ، ومن جانب ثان بالعمل ليكسب قوته ، وهذه المكنات وتلك القدرات تشكل في مجموعها حق الحياة وهذا الحق بطبيعته غير مالي ، لأن تلك الميزات التي يتشكل مسن خلالها تعتبر بطبيعتها غير مالمية .

والقدرات التي يملكها الانسان وتدخل في مكونات حق الحياة بالنسبة له ، تكون في حد ذاتها قيمة لا تقل في أهميتها عن الحقوق المالية الأخرى التي تثبت له ، ان لم تكن أكثر أهمية وخطرا ، ولما كانت حقوق الانسان المالية تجعل له ذمة تتضمن تلك الحقوق ، وتعرف بالذمة المالية ، فان مكونات حقه في الحياة تستأهل بالضرورة وجود ذمة تتضمنها تسمى بالذمة الأدبية ، وهي ذمة غير مالية تتضمن حقوقه الأدبية ، كط تتضمن الأولى حقوقه المالمية (١)

(١) راجع في هذا المعنى : د . أحمد شرف الدين - انتقـال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي - ص ٩ - فقرة ٥ - ١٩٨٢ م .

والامتداد على مقومات حق الانسان في الحياة ، بسبب خلاصتها
عضوها بترتيب عليه انتقاص تلك المقومات أو فقدانها بالكلية . وقد يؤدي
الى اصابة الضرر في قدرته المهنية . ومكونات حق الانسان في
الحياة يتساوى فيها جميع الناس ، لأن معنى الحياة لا يتفاوت من
شخص لآخر ، فكل انسان يتمتع بها بحسب الأصل ، ومن ثم كسبان
الضرر غير المالي (الأدبي) الواقع عليها بحسب الأصل ضرر واحد
لا يختلف باختلاف محله من انسان لآخر ، ولكن الأمر الذي يقيس
الاختلاف هو ما يتبع التعدي على تلك المقومات من نتائج بالية
تختلف تبعاً لظروف كل فرد وحالته الشخصية ، وبصفة خاصة طبيعته
عقلية (١)

ويستبين من ذلك ان الامتداد مكونات حق الانسان في الحياة ،
وهو ما يمثل جوهر الضرر الأدبي بترتيب عليه ضرر مباشر ، فيمثل في
مجرد المساس بالقيم التي تخولها هذه الحقوق ، وضرر غير مباشر ،
يمثل في الانتقاص من النتائج التي ترتبها تلك القيم أو فقدانها .

٤ - حقيقة الضرر الأدبي :

والضرر بصفة عامة ، يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة
لشخص ما ، مساساً بترتيب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك
لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك
المصلحة لصاحبه (٢)

فالضرر لا يعتد به الا اذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة
أسوأ مما كان قبل ذلك ، فاذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر

(١) المرجع نفسه ، وراجع : د . سليمان مرقس - المسؤولية المدنية
في تقنيات الدول العربية - القسم الأول - فقرة ٦٢ - ١٩٧١ م .

(٢)

الأشد ضررا اخف منه فانه لا يعتبر فعلا ضارا ولا يستوجب التعويض (١)

واذا كان الضرر هو الأذى الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له ، فانه يستوى بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك ، أى أنه لا يشترط أن يكون الحق الذى يحصل المساس به حقا ماليا كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الدائنية ، بل يكفي المساس بأى حق يحميه القانون ، كالحق فى الحياة ، والحق فى سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية ، وحرية العمل ، وحق الانسان فى حفظ شرفه واعتباره ، بل انه لا يشترط أن يكون المساس بحقه يحميه القانون ، ويكفى أن يقع على مصلحة مشروعة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة ، طالما أن هذه المصلحة مشروعة . أى غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعولهم الشخص دون الزام قانوني عليه فى لقاء الشخص على قيد الحياة (٢)

وعلى ضوء ذلك يعتبر ضررا أدهيا كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما فى القذف والسب وكل الم يصيب الانسان فى جسده أو عاطفته كما فى الضرب والاهانة ، وقتل مزهز ، وهوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير ، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء فى جميع هذه الأحوال خسارة مالية أم لا (٣)

(١) مثال ذلك : ما لو نقلت مصلحة السكك الحديدية إحدى محطاتها من مكانها الى جوار ملك شخص معين بعد أن استبدلت قطاراتها التجارية بقطارات الديزل ، فتضرر المالك المذكور من الضوضاء التى تحدثها المحطة الجديدة بجوار ملكه ، وثبت أن الضرر الذى كان يسببه له تسير القطارات البخارية بمحارة ملكه كان أشد من ضرر الضوضاء لا يعتبر نقل المحطة الى جوار ملكه ضارا به لأنه لم يجعل مركزه اسوأ من ذى قبل . راجع فى هذا المعنى : حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٤/٢/١٩٤٤ م — مجموعة القواعد القانونية لربع قرن رقم ٣٣ ص ٢٦٣ (طعن رقم ٧٦ ص ١٣ ق) — موسوعة القضاء فى المسئولية المدنية للاستاذ عبدالمعین جمعه — ج ١ — ص ٣٣٨ .

(٢) د . سليمان مرقس . السابق — فقرة ٦٢ .

(٣) د . سليمان مرقس . السابق — فقرة ٦٣ ص ١٣١ .

وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معـيـان ، فعرفه بعضهم بأنه (١) "الأذى الذى يصيب المضرور في جسده أو ماله أو شرفه أو عواطفه ، وعرفه البعض الآخر بأنه : "الأذى الذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية" (٢)

ويبدو من خلال هذه التعريفات ، ان معناها شامل للضرر المادى الواقع على الجسم والمال ، وكذلك أيضا : الضرر الأدبى الواقع على النفس والشرف والاعتبار ، وان كلا الضررين يجـبـب التعويض عنه (٣)

• - الضرر الأدبى في مفهوم الفقهاء :

وقد خص فقهاء القانون الضرر الأدبى بالتعريف الذى يحدد ماهيته ويجلى مفهومه كنوع من الضرر ينبغى اظهاره توطئة لبيان ما يترتب عليه من ضمان يزيل آثاره ، ويمسح آلامه ، فعرفه بعض الفقهاء

(١) د . الشهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٩٢٧ ، مصطفى مرعسى - المسؤولية المدنية فقرة ١٢٢ ، د . حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - فقره ١٢٢ ، د . عبد الودود يحيى - الموجز فى نظرية الالتزام - ج ١ ص ٢٣٣ .

(٢) د . جميل الشرقاوى - دروس في النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - فقرة ١١ . د . عبد الحى حجازى - نظرية الالتزام ص ٤٧٠ ، والاستاذ حسين عامر - المسؤولية المدنية ، فقرة ٣٢١ - ص ٣٠٦ ، د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ص ٤٩٩ ، فقرة ٢٤٥ .

(٣) د . محمد حسين الشامي - المرجع والمكان السابقان .

بأنه : " ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الانسان المالية ، بل يلحق دمه المعنوية اذا صح هذا التعبير ، والضرر المعنوي على أنواع ، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي ، للشخص كخدش الشرف ، ومنه ما يمس حقا ثابتا للانسان كأسمه أو خصوصياته ، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة أحد أحيائه ، ومنه ما يصيب الجسم وان لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم " (١)

وقد عرفه جانب آخر من الفقهاء : " بأنه الألم النفسي الذي يشعر به المضرور من جراح " اصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح ، والتشويه الذي يصيبه منها بجانب ما يؤدي اليه مثل تلك الاصابات من اضطراب مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب ، وقد يترتب الضرر الأدبي على الآثار المادية لهذا الاعتداء (٢) فالضرر الأدبي ، هو الضرر الذي لا يمس المال ولا يمس مصلحة مالية . وهو في الجملة عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الانسان (٣) والتعويض عن الضرر الأدبي يتحقق في الحالات التي يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير الطبيعية أو الطبيعية ، ويتحقق ذلك في حالة المساس بحق الشخص في الاسم أو الشرف أو الكرامة ، وكل ما يتعلق بالنواحي الأدبية وايداء السمعة

(١) د . حلمي بهجت بدوي - اصول الالتزامات - الكتاب الأول ص ٤٠٥ ، مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣ م ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام - ص ٤٤٠ ، الاستاذ حسين مكوش - المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد - ص ١١٠ ، مكتبة القاهرة الحديثة . د . عبد المنعم فراج الصد - مصادر الالتزام - فقرة ٤٦٨ - دار النهضة العربية ، د . جلال الدين زكي - نظرية الالتزام - ج ١ فقرة ٢١٥ .

(٢) د . جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ٤٨٤ ، طبعة ١٩٨١ م .

(٣) د . عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - ص ٤٧٣ - مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

(المطلب الثاني)

التعريف بالضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٦- وفي الفقه الاسلامي ، يطلق الضرر ، ويراد به ما هو ضد النفع^(١) ، وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان . استقوها من قول الله تعالى : " واذا مس الانسان الضر دعانا .. الآية " ^(٢) ، فقالوا : ان الضر ، بضم الضاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن ، وأما الضرب بفتح الضاد ، فانه ما كان ضد النفع^(٣) وقد اطلق على نقص يدخل الأعيان^(٤)

وفي اصطلاح الفقهاء : ورد التعبير عن الضرر بعدة معان : منها الائتلاف ، ومنها الاستهلاك ، ومنها الافساد ، ومنها الأفعال الموجبة للضمان^(٥) ، والواقع ان هذه المعاني غير مقصودة للذات التعريف ، بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان^(٦)

(١) مختار الصحاح - ص ٣٧٩ - دار الفكر .

(٢) سورة يونس - الآية ٢١ .

(٣) ابن منظور - لسان العرب - ج ٢ ص ٢٥٧٣ ، مادة ضرر .

(٤) المصباح المنير : مادة ضرر .

(٥) راجع في هذا المعنى د . حسين الشامي ، السابق ، ص ٥٠٠ .

(٦) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ ص ٢٨٦ ، والضممان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف - ص ٤٦ ، ومجموع الضمانات للبغدادى . ص ١٥٣ ، والقواعد في الفقه الاسلامي - لابن رجب - ص ٢٠٤ ، وراجع : ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد - ص ٢١٩ وما بعدها .

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه : " الحاق مفسدة بالفسير مطلقا ، أو هو كل اذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته ، فيسبب له خسارة مالية ، سواء بالنقص أو التلف المادى أو ينقص المنافع ، أو زوال بعض الأوصاف (١) "

وقد عرف الضرر بعض الفقهاء المحدثين بأنه : " اتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي والمقصود بالاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً (٢) "

وتعريف الضرر بالاتلاف قاصر ، لأنه لا يشمل الجراحة التي لا تفقد كل المنفعة ولا بعضها ، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وضمن الأدوية ، ولا يشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيء منفعته كلها ولا بعضها ، وإنما يؤثر في كماله ، كالخسرق الهسير في الثوب ، كما أنه لا يشمل الاضرار بالقول ، كما في سب الآخرين وشتيمهم ، فإن فيه ضرر الهيم ، ولا يسمى اتلفاً (٣) "

(١) ابن حجر الهيتمي - فتح المبين لشرح الأربعين ص ٢٣٧ ، دار احيا الكتب العربية سنة ١٣٥٢ هـ ، وفيض القدير - لمحمد المدعو عبدالرزاق المناوى - ج ٦ ص ٤٣١ ، الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ - المكتبة التجارية الكبرى .
ود . مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - ج ٢ - فقرة ٥٨٦ ، د . محمد فوزى فيض الله :
المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة من كلية الشريعة جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ - ص ١١٧ . د . وهبة الزحيلي - التعويض عن الضرر - بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي ، كلية الشريعة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ ص ١١ .
والشيخ على الخفيف - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) د . شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية - فقرة ٢٢٩ .

(٣) د . فوزى فيض الله - السابق - ص ١١٧ .

وقد اشار فقهاء المالكية الى التفرقة بين الاتلاف والافساد ،
ومثلوا للاتلاف بقتل الحيوان ، وتمزيق الثوب ، وقطع الشجر ، وذكروا
ان الافساد على نوعين ، أحدهما : ما يذهب المنفعة المقصودة من
الشيء كمن قطع يد عبد أو رجل دابة ، والثاني : ما يكون بسبب
كثقب الثوب (١) وهذا البيان يفصح عن مدى ما بين الاتلاف والفساد
من فوارق ، وقد عرف الحنفية الاتلاف بأنه : اخراج الشيء من أن يكون
منتفعاً به ، منفعة مطلوبة عادة ، وهذا اعتداء واضرار (٢) ، سواء وقع
اتلافاً له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع ، أم معسني ،
بأحداث ما يمنع الانتفاع به ، مع قيامه في نفسه حقيقة ، لأن كل ذلك
اعتداء واضرار ، وسواء كان الاتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف
أو تسببها بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة ، لأن كل واحد
منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان (٣)

-
- (١) القوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٣١٨ .
(٢) بدائع الصنائع للكاظمي - ج ٧ ص ١٦٤ ، وراجع : د . سليمان
محمد أحمد - ضمان المتلفات - ص ١٩٤ حيث يقول : والفقهاء
يطلقون أحياناً كلمة الاتلاف على كل ما يؤدي الى ذهاب
المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه .
(٣) بدائع الصنائع - ج ٧ ص ١٦٥ ، وراجع : د . محمد فوزي
فيض الله - الضمان في الفقه الاسلامي ص ٨٦ ، حيث يسرى :
" ان الاتلاف يلحق به الافساد ، وهو في بعض المصطلحات
ادخال نقص يسير على الاميان ، أو هو اتلاف جزئي ، وقد
يقع اتلافاً كلياً ، والاستهلاك وهو اتلاف المال في منفعة
الانسان ، كأكل الطعام وشرب اللبن ، وأشعال النار للتدفئة
وأحراق الوقود لانطلاق السيارة ، والاهلاك وهو معسني
الاتلاف ، حيث يختلف عنه بأن الاتلاف افساد الشيء بسلب
منفعة ، والاهلاك قد يكون بمنفعة " .

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذي يدخل على الأعيان ، قاصر أيضا ، لعدم شموله للاتلاف الكلي ، وإن كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى ، كما أنه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية (١)

لذلك يترجح لدينا أن تعريف الضرر بأنه الحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو شاعره ، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون (٢) .

٧ - اصطلاح الضرر الأدبي مستحدث في الفقه الاسلامي :

وعبارة الضرر الأدبي عبارة مستحدثة الى حد كبير . ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها في وقتنا الحاضر في كتب الفقهاء القدامى وإن كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبوه في باب الجنايات وباب الغضب بصفة خاصة وفي أبواب العقود بصفة عامة بالقدر الذي تقوم عليه مقومات تلك الدراسة ، ولهذا لم يعن قدامى الفقهاء بتعريف الضرر الأدبي على حدة ، كما لم يعنوا بدراسته على نحو مستقل مثلما

(١) د . فوزي فيض الله - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون السابق - ص ١١٨ ، د . سليمان محمد أحمد - المرجع نفسه ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) راجع : د . فوزي فيض الله - المرجع نفسه - ص ١١٨ ، حيث يرى أن ادخال ال على غير في تعريف الضرر مما يؤخذ على التعريف ، وإن كان ذلك يمثل خطأ مشهورا ، ويقرر في هامش (٢) من نفس الصفحة : أن وجه الخطأ في ذلك أن غير تلزم التنكير فلا يصح دخول ال عليها ، وقد انتقد الشيخ عميرة ذلك في حاشيته على شرح الجلال المحلي في باب الغصب ج ٣ ص ٢٦ . وراجع : د . حسين الشامي - المرجع السابق ص ٥٠١ حيث يرى : أن عدم مشروعية الضرر لا يستلزم أن تدخل قيدا في التعريف ، وعليه يعرف الضرر بأنفسه : الأذى غير المشروع الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله ، أو شرفه أو عاطفته .

يجرى عليه العمل عند المعاصرين من الفقهاء ، الذين عنوا بتعريفه ،
كما عنوا بتأصيل أحكامه انطلاقاً من الأساس الذي وضعه الاقدمون .

وقد عرفه بعض المحدثين من الفقهاء بأنه : "الذى السبب
بصيب الانسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية ، ويشترط
فيه أن يكون حالاً أو مستقبلاً ، أو محقق الوقوع كالضرر المادى^(١) أو هو
الحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم ، وإنما يمس كراماتهم
أو يؤذى شعورهم أو يخذل شرفهم أو يتهمهم في دينهم ، أو يسيىء
الى سمعتهم أو نحو ذلك من الاضرار التى يطلق عليها اليوم اسم
الاضرار الأدبية^(٢) أو هو ما يصيب الانسان في شعوره ، أو عاطفته
أو كرامته أو شرفه ، أو هو الذى قد يصيب الجسم ، فيحدث تشويهاً
فيه فيتألم الشخص لذلك ، أى انه عبارة عن الألم والحزن الذى يصيب
الانسان^(٣)

٨ - محل الحماية المقصود بتلخيص المسؤولية من الضرر الأدبي :

ويبدو من خلال ما قرره فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة
الضرر الأدبي ، انه ضرر غير مالى ، أى أن المصلحة المعتدى عليها
لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً ، وأن كان تقويمها بالمسأل

-
- (١) د . حسين الشامي - السابق - ص ٥١٢ .
(٢) د . محمد فوزى فيض - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي -
السابق - ص ٩٢ - فقرة ١١٢ وراجع رسالته السابقة - ص ١٢٠ ،
حيث يرى أن الضرر الأدبي هو انزال مفسدة في شخصية
الآخرين .
(٣) د . وهبة الزحيلي - التعويض عن الضرر - السابق - ص ١٢ .

في حالة الفوات يمكن وروده ، وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر الضرر ومواساة المعتدى عليه (١)، وأن محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الواقع عليها يمثل حماية الانسان في شرفه وعرضه وسمعته وعواطفه ومركزه الأدبي في المجتمع ، كما يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بالتشويه أو اتلاف معنى من معاني الحياة في الانسان ، وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيما تعلو فوق قيمة المال ، ولا تقدر به اصلا ، وإن كان وروده كمقياس لقيمتها امرا ممكنا ، وفي النهاية فإن تقرير احكام المسؤولية في تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية ، لأنها تستهدف حماية تلك القيم في الانسان والمجتمع ، حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها . وهذه المعاني يمكن ابرازها على ضوء احكام التشريع الاسلامي .

٩ - الأحكام الشرعية تستهدف حماية المصالح المعتبرة :

ومن المقرر شرعا ان أحكام الله انما تستهدف حماية مصالح الناس ورفع الضرر عنهم ، ولهذا كان من مقاصد تلك الأحكام العامة حفظ ضرورات الحياة ، التي تدخل تحت مسمى الضرورات الخمس والتي تحتل قمة المصالح المعتبرة التي أولتها الشريعة الاسلامية حفظها ورعايتها ، وهذه الضرورات الخمس ، هي الدين والنفس والعرض والمال والعقل ، ولهذا يقول العزبن عبدالسلام : " والمصالح المعتبرة التي يتجه الاحكام الفقهية الى تحقيقها وحفظها في الناس من خلال تكاليف التشريع الاسلامي تشتمل على ثلاثة أنواع أولها وأهمها المصالح الضرورية ، وهي التي تنوقف عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة ، وبدون تلك المصالح لا تستقيم الحياة ، وهي تنحصر في خمس أمور استهدفتها الشريعة الاسلامية بالحفظ ، هي الدين والنفس والنسل والعقل والمال ، ولهذا المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل نوع منها ، فحفظ الدين يتحقق بالايمان وعقوبة المرتدين

(١) د . عبدالحى حجازى - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٤ وما بعدها .

الذين يتخذون آيات الله هزوا ولعبا ووسيلة للغش والتحايل ، ومثل هؤلاء لا ينبغي أن يجزع لهم أحد من ناحية العقوبة المقررة لهم ، كما يتحقق حفظ الدين بقتال المرتدين والمحاربين (١) ، وحفظ النفس من الضرورات وهو يتحقق بما حثمه الشارع من أحكام تحفظ النفس فسي وجودها كما تحفظها في شرفها واعتبارها والحقوق المكفولة لها بحكم الكرامة الانسانية الممنوحة لها ، يقول الله تعالى : " ولقد كرّمنا بني آدم " (٢) وكذلك يتحقق حفظ النفس بضمان التعدى الواقع عليها كلاً أو بعضاً من خلال مشروعية القصاص والديات في النفس والأطراف ، وحفظ النسل يكون بالتشريع الذى يحمى أصل وجود الانسان مما يمس شرفه واعتباره كما شرع الاسلام النكاح وحرم السفاح ووضع العقوبة لمن يتعدى حدود الله ، وحفظ المال يكون بالتعامل فيه مع الناس على حسب ما قررره الشارع ، كنقل المال بعوض ، أو بغيره ، وحد السرقة وضمان المتلفات والغصب (٣)

وقد جاء في حجة الله البالغة للدهلوى : " اعلم أنه كسان من شريعة من قبلنا شمول الحياة بكل أسباب الحماية من قصاص المعتدين عليها ورجم للزناة وقطع في السرقة ، وهذه أمور متوارثة في الشرائع السماوية ، واطبق عليها جماهير الأنبياء والأمم ومثل هذا يجب أن يؤخذ عليه بالنواجد ولا تترك (٤)

ولكن الشريعة المصطفوية تصرفت بنحو آخر فجعلت مزجرة كل مصلحة على مرحلتين :

-
- (١) قواعد الأحكام - للعزبن عبدالسلام - ج ١ - ص ٥٥ .
 - (٢) سورة الاسراء - آية ٧٠ .
 - (٣) المرجع السابق - ص ٦ - والموافقات - للشاطبي - ج ٢ ص ٨ وما بعدها .
 - (٤) حجة الله البالغة للدهلوى - ج ٢ ص ١٥٨ .

أحدهما : شديدة تتناسب مع المعصية الشديدة .

والثانية : دونها ، ومن حقها ان تجعل فيما كانت المعصية دونها ، ففي التعدى على النفس القود والدية ، والأصل فيه قولسه تعالى : " ذلك تخفيف من ربكم ورحمة (١) " .

كما ان المحافظة على النسل تتمثل في المحافظة على النـسـوع الانساني بحيث يكون كل مولود يتربى بين أبويه ويكون له كالشيء يحميه ، وتلك المحافظة تقتضي تنظيم الزواج ومنع الاعتداء على الانسان فسي شرفه ، بل وتحريم قذف البريئات والبريئين بالزنا ، ومن أجل ذلك كانت عقوبة الزنا وعقوبة القذف وغيرهما من العقوبات التي وضعت الجرائم فيها اعتداء على النسل بأي طريق من طرق الاعتداء قريهة أو بعيدة (٢)

-
- (١) المرجع السابق ، والآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .
(٢) الخراج لأبي يوسف - ص ١٧٧ وما بعدها . وراجع في هذا المعنى: التشريع الجنائي الاسلامي - للاستاذ عبدالقادر عودة ج ١ ص ٦٠٩ ، اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ٢ ص ٩٥ ، وما بعدها - دار الفكر - بيروت .

(المبحث الثاني)

مخصائص الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي

(المطلب الأول)

مخصائص الضرر الأدبي في فقه القانون

١٠ - ويبدو من تعريف فقهاء القانون للضرر الأدبي ، انه ذلك النوع من الضرر الذي يأتي على حق من حقوق الانسان الأدبية وإذا كانت الحقوق التي يمكن أن تثبت للانسان منها ما هو مالمالي ومنها ما هو غير مالمالي ، فإن ما يخص موضوعنا هو الضرر الأدبي أو الضرر غير المالمالي ، ولذلك كان من خصائص هذا الضرر أنه يسرد على حقوق ثابتة للانسان ، وأن هذه الحقوق حقوق غير مالمالية ونود أن نبرز هاتين السمتين للضرر الأدبي .

١١ - أولاً : ورود الضرر على حقوق ثابتة للانسان :

فالانسان بحكم كونه انساناً تثبت له حقوق كثيرة ، منها ما هو مالمالي ومنها ما هو أدبي ، والحقوق الأدبية كثيرة منها مثلاً حقوق الشخصية ، تلك الحقوق التي تكفل للشخص أن يستمتع بوجوده ، وبكل ما هو مرتبط بشخصه ارتباطاً لا انفصام له ، والغالب في هذه الحقوق ، انها ليست سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف في نفسه كيف شاء ، ولكنها حقوق موجهة نحو الغير بقصد بها الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده (١)

(١) د . عبدالحى حجازى - نظرية الحق في القانون المدني -

ولقد كان فلاسفة القانون الطبيعي يطلقون على هذه الحقوق اسم الحقوق الطبيعية *droit naturels* أو الحقوق الثابتة في الانسان . *droit innés* ، ولم يكن القانون الروماني يعرف الحقوق الأدبية التي تثبت للانسان ، باعتبارها طائفة من الحقوق قائمة بذاتها الا أن حماية هذه الحقوق كانت تتأدى عن طريق دعوى قصد بها حماية الشخصية بصفة عامة أى حماية الكيان الجسدى والروحي للانسان ، وكان يطلق على هذه الدعوى اسم دعوى الاعتداء *iniuriam actio* أما في القانون الحديث ، فان الأمر على عكس ذلك ، اذ الملاحظ أنه بقدر ما تتقدم المدنية بزيادة احترام شخصية الانسان ، وخصائصها الجوهرية مما أفضى الى الاعتراف بعدد كبير من الحقوق الأدبية للانسان مثال ذلك ما ذهب اليه بعض القوانين ، كالقانون الأرجنتيني فسي المادة (٢٣١٢) والقانون النمساوى الذى نص في المادة ١٦ منه على أن : كل انسان له حقوق طبيعية تنشأ من مجرد كونه انساناً (١)

ورغم أن القانون الفرنسي مع كونه وليد الثورة والمبادئ الخالدة الموجودة في اعلان حقوق الانسان . الا انه لم يتكلم عن جانب كبير من الحقوق الأدبية التي تثبت للانسان وعلى الأخص حقوق الشخصية وحذت حذوه في ذلك كل الدول التي استمدت قوانينها من نهله ، ومنها القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٨٦٥ م ، والقانون المدني المصرى الصادر سنة ١٨٨٣ م ، ولكن القضاء استطاع أن يضع في طائفة الحقوق كثيراً مما أهمله التشريع ، واعترف للشخص بكثير من الحقوق الأدبية التي يستطيع مباشرتها في حرية دون أن يعسوق استعمال الآخرين لحقوقهم (٢).

أما القانون الايطالي الحديث الصادر سنة ١٩٤٢ م ، فنظم الكثير من الحقوق الأدبية للانسان ، وخاصة ما نص عليه في المادة

(١) د . عبدالحى حجازى — نظرية الحق في القانون المدني —

ص ٢٥ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٥) منه ، على حق الانسان على بدنه ، والتصرفات التي لا يجوز للانسان أن يجريها عليه فقال انه : يمتنع على الشخص ان يقوم على بدنه بأعمال من شأنها أن تحدث نقضا دائما في كيانه ، أو تكسونه مخالفة للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب ، وكذلك نص فسي المادة (١٠) على حق الانسان في الا يعيث أحد بصورته أو بصورة والديه أو أبنائه القصر أو زوجته .

ولم يخل القانون المدني المصري الجديد من النص على بعض تلك الحقوق الأدبية فذكر في المادة (٣٨) منه على أن لكل شخص اسما ولقباً ، وذكر في المادة (٥١) أن لكل من نازعه الفسير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حـق أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ونسب في المادة (٤٤) على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقسواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية كما نص في المادة (٤٩) على أنه ليس لأحد النزول من حرمة الشخص ، أما المادة (٥٠) فقد ذكرت من الحقوق الأدبية حقوق الشخصية ، ونصت على حمايتها بقولها : " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، وفي هذا الاطار يتبلور عدد كبير من الحقوق الأدبية التي تثبت للانسان مثل حقه في تمييز ذاته ، وحماية كيانه الأدبي والفكري والبدني ، وحماية حرمة شخصيته ، وهذه كلها حقوق أدبية ثابتة له (١) .

معايير تمييز الضرر الأدبي :

١٢ — والضرر الأدبي كما سبق القول ، يندرج أن يجسـى مستقلاً في مجال التعدي على الحقوق ، بل الغالب فيه أن يأتي متزجاً مع غيره من الضرر المادي ، ولذلك حرص جانب من الفقهاء

(١) في هذا المعنى : المرجع نفسه - ص ٢٦ .

على محاولة لابراز المعيار الذي بمقتضاه يمكن التعرف على وجود الضرر الأدبي ، ليكون وجوده محددًا .

والتمييز بين الضرر المادى والضرر الأدبي يمكن أن يركز على معيارين :

المعيار الأول : ينظر الى طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع الاعتداء عليها .

والمعيار الثاني : يأخذ بطبيعة النتائج أو الآثار المترتبة على هذا الاعتداء .

وطبقا للمعيار الأول : يكون الضرر ماديا إذا كان الحق ماليا (سواء كان حقا عينيا أم حقا شخصيا) ، أما إذا كان الحق غير مالى ، كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الاسرة فان الضرر يكون أدبيا (١)

وطبقا للمعيار الثاني : فان الضرر المادى يتمثل فسي الخسارة المالية التى تنتج عن المساس بحق أو مصلحة سواء أكان الحق أو المصلحة ماليا أم غير مالى ، وبعبارة أخرى يعتبر ضررا ماديا كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق ماليا أم غير مالى على نحو يترتب عليه تفويت مزى مالية تنتج لصاحب هذا الحق من استعماله أو يكبده تكاليف مالية ، أما الضرر الأدبي فهو الذى يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو نفسية أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه

(١) د . أحمد شرف الدين - فقرة ٩ ص ١٢ ، د . جلال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام - ج ١ فقرة ٢٥٥ ص ٤٩٠ ، فقرة ٢٥٦ ص ٤٩٢ ، د . اسماعيل فانم - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - ص ٤١٦ ، د . عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٩٧٠ وما بعدها .

الانسان دون أن يسبب له خسارة مالية (١).

وتطبيقا للمعيار الثاني : الذى يستند الى أثر الاعتداء^١ فانه اذا حدث اعتداء على حق مالي ، ولم يترتب عليه انتقاص في المزايا المالية التى يخولها هذا الحق ، فان المساس به لا يعتبر ضررا ماديا ولكنه قد يترتب ضررا أدبيا اذا أصاب الشخص في عواطفه أو شعوره ، أو في غير ذلك من القيم التى يحرص الناس على المحافظة عليها (٢).

١٣- وكذلك قد يقع الاعتداء على حق غير مالي ومع ذلك يعتبر الضرر ماديا متى ترتب على هذا الاعتداء^٢ الانتقاص من المزايا المالية التى تنتج عن استعمال هذا الحق ، فكل مساس بصحة الانسان وسلامة جسمه يعتبر ضررا ماديا اذا ترتبت عليه خسارة مالية ، كالأصابة التى تقتضي نفقات للعلاج أو التي تفوت الكسب على المضرور ،

-
- (١) د . أحمد شرف الدين - ص ١٣ ، د . سليمان مرقس - تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٨ س ١٨ ع ١ ص ٢٧٩ ، د . أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام فقرة ١٧٨ ص ٢٧٩ ، طبعة ١٩٧٥ م ، وقارن : د . محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - ص ٣٢٩ ، طبعة ١٩٧٦ ، حيث يرى لتحديد طبعه الضرر المادى : أن يكون ناشئا عن الاخلال بمصلحة مالية ويؤدى الى خسارة مالية .
- (٢) د . أحمد سلامة - المرجع نفسه ، د . سليمان مرقس - المسئولية فقرة ٦٣ ، د . جمال زكي - السابق فقرة ٢١٤ ، د . محمد لبيب شنب . موجز المصادر غير الارادية - ص ٢٢ وما بعدها .
- د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٤٨٤ .

وهو ما كان يحصل عليه من مقابل مالي لعمله (١) .

ولما كان حق الانسان في سلامة جسده وحياته يعتبر مسن الحقوق اللصيقة بالشخصية أى يعتبر حقا غير مالي ، فان الضرر الذى ينتج مباشرة عن المساس به ، والذى يتمثل أساسا في العجز الجسدى ، يكون ضررا أدبيا وفقا للمعيار الأول ، ومع ذلك فان بعض الفقهاء قد اعتبروا هذا المساس ضررا ماديا ، وذلك تأسيسا على آثار الاعتداء التى تتمثل في نفقات العلاج بأنواعها المختلفة وما ينجم عنه من عجز في القدرة عن الكسب يعبر عنه بخسارة الأجر أو المصادر الأخرى للربح (١) .

فاتلاف مضر أو أحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقول بأى أذى يعتبر ضررا ماديا اذا أدى الى انتقاص قدرة الشخص على الكسب أو تكبیده نفقات مثل نفقات العلاج ، وهكذا يترتب على الضرر الأصلي حدوث أضرار تمس الشخص في ذمته المالية ، وهذه الأضرار تعتبر نتائج غير مباشرة للاعتداء على الحق في سلامة الجسم أو الحياة ، ومن هذا يتضح أن الضرر المادى قد يصيب المال عن طريق المساس به مباشرة أو عن طريق الحقوق الأدبية للانسان (٢) .

كذلك يترتب على الضرر المباشر المتمثل في المساس بالحقوق الأدبية الحاصل من مقومات الحياة للانسان ، آثار غير مالية تتمثل في الألم الجسدي الذى يعاني منه المضرور وفي الألم النفسى الذى

(١) د . عبد الحى حجازى - مذكرات في نظرية الحق - ص ٤٥ وما بعدها - ١٩٥١ م ، د . جلال زكى - السابق - فقرة ٢٥٥ - ص ٤٩١ .

(٢) د . سليمان مرقس - تعليقات على الأحكام - ص ١٢٩ ، د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١٤ .

قد يحسه من جراح ما نتج عن الاصابة من تشويه (١) ، ومن ثم يكون الاعتداء على حق الانسان في مقومات حياته وشرفه واعتباره ضررا أدبيا يشمل التعويض ويمثل مظهرا من مظاهر ارتقاء شخص الانسان ، والمقصود من اقرار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو حماية المميزات التي يملكها الانسان على جسمه (٢) .

وعلى ضوء ما سبق فانه يمكن القول أن فقه القانون الوضعي قد استقر على أن الضرر الأدبي يتمثل في ذلك النوع من الضرر الذي لا يصيب الانسان في حق مالي أو مصلحة مادية ، بل هو الذي يصيب الانسان في مصلحة غير مالية (٣) ، فيشمل كل الم يصيب الشخص سواء كان الما جسمانيا أو نفسيا ترتب على المساس بعاطفته ، أو كرامته أو أى معنى من المعاني التي يحسوس عليها الناس ، بل لقد تعتبر المضايق ان لم تكن تافهة ضررا أدبيا واجب التعويض (٤) .

-
- (١) د . جمال زكي . المرجع نفسه ، د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه ، د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه ، د . السنهوري الوسيط - ج ١ فقرة ٥٧٧ ، د . محمد كامل مرسى - الالتزام ج ٢ فقرة ٥١ ، د . أنور سلطان - مصادر الالتزام - فقرة ٤٥٤ ، د . عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام - فقرة ٤٦٨ ، د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٣٨٩ ، د . نعمان جمعة دروس في الواقعة القانونية - ص ٥٣ .

(٢) Savatire (R): Les Métamorphoses économique et sociales du droit privé d'a au jourd'hui, T, 3. Paris , 1957 , P.P. 15 - 20 .

- (٣) د . عبد الرزاق السنهوري - السابق - ص ٨٦٤ ، د . عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ص ٥٩٠ ، د . عبد الرزاق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - المصاد غير الارادية - ص ٦٧ ، طبعة جامعة الملك سعود .
- (٤) د . اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام - ج ٢ ص ٦٣ - طبعة ١٩٦٧ م .

وأمثلة الضرر الأدبي كثيرة ، وهي عديدة في نقل الاشخاص
بصفة خاصة ، فاذا اصاب الراكب أثناء النقل وجب تعويضه فضلاً
عما أصابه من ضرر مادي عن الآلام الجسدية التي سببها له الحادث
واذا ترتب على اخلال امين النقل بالتزامه أن تأخر الراكب عن الموعد
المحدد لجنازة شخص عزيز عليه ، كان له الحق في التعويض عمن
سببه له ذلك من ألم نفسي ، بل لقد قضى بالتعويض للراكب عن عدم
ايجاد محل له في الدرجة التي يحمل تذكرتها ، واضطراره الى الجلوس
في درجة أدنى ، وعما تسببه له توقف القطار أثناء السفر من تعسب
ومضايقة .

ومن صور الضرر الأدبي ما قد يصب المريض من آلام جسمانية
بسبب اهمال الطبيب في العلاج ، وما قد يصيبه من ألم نفسي نتيجة
للتشوه المترتب على هذا الاهمال . وبصفة خاصة ان كان المريض مسن
النساء ، وقد يفشى الطبيب سرا للمريض فيصيبه بضرر في سمعته ، وإذا
اتفق مؤلف على نشر كتاب التزم الناشر بالا بحدوث أي تغيير فيه احتراماً
لما للمؤلف من حق أدبي على مصنعه ، فاذا أخل بالتزامه الزم بتعويض
المؤلف عما أصابه من ضرر أدبي ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر مسن
تغييرات أي ضرر مادي ، بل ولو زاد الكتاب رواجاً بسببها (١)

ان حماية حقوق الانسان الأدبية ، لا تقل عن حق الانسان
في حماية الحياة ذاتها وان من مآثر العصر الحديث انه قد ضمن حداً
أدنى من الاحترام للانسان يجب توافره له ، وحمايته مما ينال منه .

ويحصل الاخلال بالحقوق الأدبية للانسان من خلال التعدي
عليها ، فمثلاً حق الانسان في تمييز ذاته يمكن أن يرد عليه الاعتساف
بانتحال الاسم ، وحق الانسان في حماية كيانه الأدبي يمكن أن يرد
التعدي عليه بالخط من قدر الانسان أو بتعريضه لاحتقار النشاس
وازدراءهم ، كأن يقال عنه : إنه على شفا الافلاس أو انه فاعل افسس

(١) د . اسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٦٣ ،

طبعة ١٩٦٧ م .

أو شريك في جريمة أو تنسب إليه أعمال مزرية ، كأن يقال عنه انه سكسبر ، أو يهمل في أداء واجبه أو يعزى الى طبيب موت أحد عملائه ، أو الى محام خسارة دعوى (١) .

كما يحصل حماية هذه الحقوق بتعويض الأضرار الأدبية التي لحقت بالإنسان من جراء التعدي على حقوقه الأدبية ، وبالنسب على إزالة العمل الضار كما سترى

١٤- ثانيا : الحقوق الأدبية لا تقوم بالمال :

ويقرر فقهاء القانون عادة أن الحقوق الأدبية التي هي محـمـل التعدي في الضرر الأدبي ليست حقوقا مالية ، كما أنها ليست أموالا ، ومن ثم فإنها لا يمكن أن تقاس بالمقياس المشترك الذي تقاس به الأموال وهو النقود (٢) .

.. وهذا القول محل نظر ، فليس معنى أن الاعتداء على هذه الحقوق لا يصلح أن يستحق عنه تعويض مالي بحسب الأصل ، فالاعتداء عليها قد ينطوي على نيل من ضرر مالي مباشر ، وذلك في الصور التي يوجد الضرر الأدبي فيها متمزجا بالضرر المالي ، وذلك كما في الاعتداء على حق المؤلف مثلا ، كما قد ينطوي الاعتداء فيها على ضرر مادي غير مباشر ، كما في حالة الاعتداء على الكيان الجسدي للشخص . في هذه الحالات ، لا جدال في وجوب الالتزام باصلاح الضرر ، ولكن الغالب أن يترتب على الاعتداء على الحقوق

(١) د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٤١ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - الفعل الضار ، ص ١٥٥ ، وما بعدها . طبعة ١٩٨٨ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦ . د . عبدالحى حجازى - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤ - طبعة ١٩٥٤ مكتبة نهضة مصر بالجيزة ، والاستاذ ميسن حسين عامر وعبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص ٢٤٤ ، وما بعدها .

الأدبية ضرر غير مالي أو أدبي . الذى هو عبارة عما يصيب النفس من ألم وحزن ، والذى كان يوجد خلافا في الفقه والقضاء حول ما اذا كان يمكن التعويض منه بالمال أم لا ، ولقد كان الاعتراض الرئيسي عند نفاذ التعويض عن الضرر الأدبي هو استحالة التعادل بين الضرر الحاصل والتعويض المطلوب ، ولما كان هذا التعادل هو الشرط الرئيسي في كل تعويض مدني لزم الا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي لأنه غير مالي أصلا ، ولا يمكن تقويمه بالنقود (١) .

ولكن هذا الاعتراض مردود ، لما هو معروف من أن التعادل بين الضرر والتعويض ليس معناه المساواة بينهما ، فعندما يقال : أن التعويض يجب أن يعادل الضرر ، فليس معنى ذلك أن التعويض يجب أن يساوى الضرر ، فالتعادل الحسابي الكامل بين التعويض والضرر ليس ممكنا حتى في الأضرار المباشرة ، والحاصل أن يتقدر التعويض دائما بالتقريب ، صحيح أن هذا التقدير التقريبي أسهل في الأضرار المادية منه في الأضرار الأدبية ، حيث يستبدل بالمال الذى هلك أو نقص مال آخر من نفس الطبيعة المادية ، ولكن هذا لا يمنع من إمكان حصول التقدير التقريبي في حالة الضرر الأدبي (٢) .

ان الضرر الأدبي معناه انعدام أو نقص منفعة أدبية ، انعدام سرور وزوال سعادة ، حدوث ألم وحزن ، ومن ثم يجب أن يكون التعويض من شيء يجلب شعورا سارا يترتب عليه بعض السلوى والعزاء . وان كسان لا يمكن أن يمحوا آثار الألم الحاصل ، ولما كان المقاس المشترك للقيم هو النقود ، وجب أن يعطى للمضرور مبلغا من المال ، لا على أنه معادل في الكم والكيف للسعادة الزائلة ، ولكن باعتباره وسيلة للتخفيف من الألم الذى حاق به ، وهذا هو الذى أخذ به القانسون المدني المصري الجديد إذ نص على أن التعويض يشمل الضرر المادي

(١) د . عبد الحى حجازى - نظرية الحق - ص ٥٠ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

والأدبي (المواد ١٧٠، ٢٢١، ٢٢٢) وبهذا يمكن القول : بأن الوقت قد حان ليوحد القضاء أحكامه في هذا الصدد على هدى النص الجديد (مادة ٢٢٢) ، الذى لم يكن له مقابل في التقنين المدنى السابق (١) .

١٥ - ما يترتب على عدم مالبة الحقوق الأدبية أصالة :

وإذا كان الأصل أن الحقوق الأدبية التى ينال منها المصنف الأدبي ليست من قبيل الأموال أصلا ، وأن كان هذا لا يمنع من ورود تعويضها بالمال - كما سبق - فقد تترتب على هذه السمة أمران :

١٦ - أولهما : عدم قابليتها للتصرف أو الانتقال الى الورثة :

حيث أن الحق إذا كان أصلا غير مالي فإنه لا ينتقل الى الورثة ، لأن الذى ينتقل الى الورثة من الحقوق ، هي الحقوق المالية ، لكن هذا القول ليس على إطلاقه بالنسبة للحقوق الأدبية لما هو معروف أنها تتضمن في طبيعتها حقوقا مالية ، وإذا لم تكن تتضمن فسي طبيعتها حقوقا مالية ، فإنه على الأقل تثول الى مال بالتعويض عنها ، ومن ثم كان القول بعدم إمكان التصرف فيها وعدم إمكان انتقالها الى الورثة ليس مسلما به على إطلاقه .

ان لأعضاء عائلة المتوفى مثلا إذا اعتدى على حقوق شخصيته ، الحق في أن يرفعوا دعوى ضد المعتدى ، بصفتهم مضرورين شخصا من تعدى الغير على حق مورثهم الأدبي ، فلو أن شخصا اغتصب اسمه ، يكون لهم أن يقاضوه لا بصفتهم ورثة ، فإن الحق الأدبي لا ينتقل اليهم بالوراثة ، ولكن للحقوق الضرر بهم بصفة شخصية ، فهم يرفعون الدعوى باعتبارهم أصحاب حقوق خاصة بهم شخصا (٢) .

(١) د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٤٦ .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

وإذا كان الأصل أن للإنسان حقاً شخصياً في سلامة جسده يعصمه من اعتداء الغير عليه ، وإن حق السلامة هذا حق غير مالمسي ، فليس معنى ذلك مصادره جميع أنواع التصرفات الواردة عليه ، بدليل أن هناك عدداً من العقود غير قليل تعتبر صحيحة ، رغم أن الشخص بمقتضاها يتصرف في جسده بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما في عقد الرضاعة أو عقد العمل ، أو عقد السيرك مثلاً (١) .

ولهذا الاعتبار قيدت بعض القوانين حق الإنسان في ممارسة التصرفات على حقوقه المقررة له كإنسان له الحق في سلامة جسده ، ومنها القانون الإيطالي الذي حرم على الشخص أن يتصرف في جسده تصرفاً يعقب نقصاً مستديماً في كيانه الجسدي ، أو يكون مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للعادات الحسنة (م ٥) وبهذا لا تكون تصرفات الشخص الواردة على جسده صحيحة — وفقاً للقانون الإيطالي — إلا بتوافر شرطين :

١٧ — الأول : ألا يترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدي :

وهذا الشرط يقدم للمفسر ضابطاً دقيقاً للفصل بين ما يحل وما يحرم من التصرفات التي يجريها الشخص على جسده ، تأكيداً على أن سلامة الجسد هي شرط جوهري لا مكان قيام الشخص بواجباته نحو الجماعة والعائلة ، وتأكيداً على أنه لا يجوز الاعتراف بأي حق للفرد إلا في حدود صالح الجماعة .

١٨ — الثاني : ألا تكون هذه التصرفات مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب :

وهذا الشرط لا ينفى عنه الشرط الأول ، فهناك تصرفات لا يترتب عليها نقص دائم في الكيان الجسدي للشخص ، ولكنها تكون مخالفة للقانون ، كان يؤجر شخص لآخر خدماته طوال حياته (٢)

(١) د . عبد الحى حجازى — السابق — ص ٣٧ .

(٢) المرجع السابق — ص ٣٨ ، وراجع د . حمدي عبدالرحمن — فكرة الحق — ص ٤٥ .

ويترتب على كون حق الشخص على جسده ليس حقاً مطلقاً ،
أنه لا يجوز للشخص أن يقتل نفسه ، فالانتحار أمر يحرمه الاسلام ، كما
يحرمه القانون وأن كان لا يعتبره جريمة ، كما لا يجوز للشخص أن ينقص
كيانه الجسدى ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يترتب على تنفيذه حرمان
أحد المتعاقدين على سبيل الدوام من أحد عناصر جسمه ، كما لو
أصيب رجل بالعقم لكبر سنه ، فاتفق مع شاب على أن يتنازل له عمن
غدة تناسلية مقابل مبلغ من المال ، مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً ،
كذلك يقع باطلاً تنازل شخص عن إحدى عينيه .

لكن يجوز للشخص أن يتصرف في جزء من دمه لمصلحة شخص
آخر ، على نحو ما شاع في هذه الأيام ، وهذا عمل نهيل وجائز
قانوناً ، لأن الدم سائل يتجدد يومياً ولا يترتب على التنازل على بعضه
الاضرر طفيف لا يؤثر في الوظائف العادية للجسم ، ومع ذلك فإن
أخذ دم من شخص كرها ولولا نفاق شخص آخر يعتبر تعدياً يترتب
عليه وجوب اصلاح الضرر ، ليس المادى فحسب ، بل وكذلك اصلاح
الضرر الأديبى الناشئ عن التعدي على حق الشخص في سلامة جسمه
وهو يعتبر من حقوقه الأدبية (١)

مغلاصة القول : إن هناك تطورا قد حدث في مجال النظرية
الى الحقوق الأدبية ، كما حدث بالنسبة لحق الانسان فى
معصومية جسده ، بدأ الانسان من خلالها يتعامل مع هذه الحقوق
بما يتضمن خروجاً على الاطلاق في تقدير المعصومية (٢) ،

ورغم هذه التطورات فإن مبدأ حرمة التعامل في تلك الحقوق
ما زال قائماً الى مدى بعيد ، ولم تؤد التطورات الاجتماعية والعلمية
والطبية المعاصرة الا الى تقرير بعض الاستثناءات على المبدأ المذكور
لأسباب قد تقتضيها المصلحة العامة على نحو ما نصت عليه المادة
(٣٣) من دستور جمهورية مصر العربية () ، على أنه لا يجوز اجراء أى

(١) د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٣٩ .

(٢) د . حمدى عبدالرحمن - السابق - ص ٤٥ .

(المطلب الثاني)

خصائص الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٢٠- وإذا كان من الممكن أن نرجع المصالح التي اضررت من جراء الضرر الأدبي وفقا لما هو مقرر في فقه القانون ، الى حقوق الانسان في سلامة جسده وحقه في حماية شرفه واعتباره وسمعته ، وحقه في عدم المساس بعواطفه وحقه في عدم التعدي على حق ثابت له كحقه في تمييز ذاته ، وحماية خصوصيات حياته .

وهذه الحقوق التي تعتبر محلاً للضرر الأدبي تمثل مصالح مستقرة لأصحابها والتشريع الاسلامي يقرها ، حيث أثبت الشارع مثل تلك الحقوق لأصحابها ومن ثم كانت داخلة ضمن المصالح التي اعتبرت بها الشريعة الاسلامية وقررت لها كل أسباب الحفظ والرعاية تقديرا لها وحفظا لوجودها .

ومن ثم تتسم هذه الحقوق بثلاث خصائص :

٢١ - الأولى : أنها تمثل حقوقا لأصحابها :

أي ان تلك المصالح تمثل نوعا من الحقوق المقررة شرعا ، وان هذه الحقوق ثابتة لأصحابها بمقتضى النصوص الواردة في كتاب الله تعالى . وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - واجماع علماء أمته ، وإذا كان من ضمن تلك الحقوق حماية النفس من التعدي عليها بما قد ينال منها على سبيل الكلية بالقتل أو البعضية بالجرح والضرب ، فإن ذلك مما يحرمه الله - عز وجل - ، كما يعاقب عليه بما يحفظه ويمنع من التعدي عليه ، والآيات في هذا المعنى كثيرة ، منها قول الله تعالى : " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ، ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورا " (١)

(١) سورة الاسراء - الآية ٣٣ .

حيث دلت الآية الكريمة على تحريم قتل النفس مطلقا ، اذا كسـان هذا القتل بغير حق ، وتحريم قتل النفس من أقوى أسباب حفظها ، ومن ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله : وما هي ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مـسـالـ اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات (١)

وقد جاء فيما رواه عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأني رسول الله الا باحدى ثلاث : الشيب ، الزانسي والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة " (٢) ، وقد شدد الرسول - صلى الله عليه وسلم - في حرمة الدماء ، وأبرز في أحاديثه عظم شأنها ، ومن ذلك ما رواه عبد الله بن مسعود أيضا أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء " ، متفق عليه (٣) ، فالحديث يدل على عظم شأن الدماء حيث لا يقدم في القضاء الا الأهم .

٢٢- واذا كانت الأدلة السابقة تدل على حرمة التعدي على النفس ، فقد دلت الدلائل من كتاب الله تعالى وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - على تحريم التعدي على أعضا النفس بالضرب أو الجرح ، ومن ذلك قول الله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن

-
- (١) الحديث رواه الامامان البخارى ومسلم ، راجع : شرح السنة للبغوى - ج ١ - ص ٩١ - طبعة مجمع البحوث الإسلامية .
(٢) الحديث متفق عليه ، راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٤٣٩ - طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٤٠ .

النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ،
والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ومن
لم يحكم بما أنزل الله ، فأولئك هم الظالمون " (١) ، والآية الكريمة
تضع سياجا من الحماية للنفس في أعضائها وأطرافها من خـسـلال
تقرير عقوبة القصاص للتعدى على ما دون النفس ، طالما كان القصاص
ممكنا فيها ، وذلك أدمى لحمايتها ، فإذا لم يكن القصاص ممكنا
لعدم إمكانه ، فإن الضمان يتحول الى الدية ، والدية قد تجسب
كاملة إذا أتت على منفعة في جسم الانسان بالكمال ، وذلك كالسمع
والبصر والشم والذوق والجماع والابلاذ والكلام ، فاذهاب هــذه
المعاني يجب به دية النفس كاملة (٢) فإذا أسفر التعدى عن اتلاف
عضو في البدن منه اثنان كاليدين والرجلين والأذنين ، ففي قطع
أحدهما نصف الدية ، وإن كان في البدن منه أربع كمنابت الأهداب ،
ففي تلف أحدها ربع الدية ، وإن كان في البدن منه عشرة أعضاء
كالأصابع ففي تلف أحدها عشر الدية وهكذا ، وقد ورد النص على
ذلك من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه عمرو بن حزم
مرفوعا : " وفي الشفتين الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الذكر
الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية ،
وفي دية أصابع اليدين والرجلين عشرة من الأهل لكل أصبع (٣) .

وقد حرم الانسان التعدى على شرف الانسان واعتباره ، وذلك
من خلال رميه بما يمس شرفه وعرضه ، والرمي بما يمس الشرف والعرض ،
قد يتخذ شكل جريمة حدية يعاقب عليها حدا ، وذلك على نحو

-
- (١) سورة المائدة - آية ٤٥ .
(٢) راجع في تفصيل هذا الموضوع : عبد القادر عودة - التشريع
الجنائي الاسلامي - ج ٢ - ص ٢٦ وما بعدها .
(٣) الحديث صحيح أخرجه أبو داود والنسائي والدارمي والبيهقي
وأحمد ، راجع : ارواء الغليل - للألباني - ج ٢ ص ٣١٥ ،
وما بعدها .

ما أرشد القرآن الكريم بقول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم " (١) ، حيث قررت الآيتان عقسبب من يرمى المحصنات العفيفات بما ينال من شرفهن ، وتقرير العقاب يدل على تحريم المعاقب عليه . كما توعد الله عز وجل من يحبسون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا بالعذاب الاليم في الدنيا والآخرة ، بقوله تعالى تعالى : " ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون " (٢) .

وقد أكدت هذا المعنى سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما روته عائشة - رضي الله عنها - ، قالت : " لما نزل منسدي ، قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فذكر ذلك وتلا القرآن من قوله تعالى : " ان الذين جاءوا بالافتك . . الآية (٣) السى آخر ثمانى فضرهوا الحد " (٤) ، واذا كانت تلك الأدلة واضحة الدلالة في حماية العرض والشرف من أن تلوكه السن السوء بالقذف ، فان الله تبارك وتعالى قد حرم الغيبة ، وهي ذكر المرء بما يكره . كما جاء في الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - حين قيل : " أتدرون ما الغيبة ؟ " قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : " ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أفرأيت ان كان في أخى ما أقول ؟ ، قال :

-
- (١) سورة النور - الآيتان ٤ ، ٥ .
 - (٢) سورة النور - آية ١٩ .
 - (٣) سورة النور - آية ١١ .
 - (٤) أخرجه أحمد والأربعة ، وأشار اليه البخارى ، والرجلان اللذان أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بضرهما هما : عبد الله بن أبي ، ومسطح بن أثاثه ، وقيل : حسان بن ثابت ومسطح ، والمرأة هي حمته بنت جحش ، راجع : سبيل السلام - للصنعاني - ج ٤ - ص ٣٣ ، وفتح القديمر - للشوكاني - ج ٤ ص ١٢ ، ١٣ ، حيث رجح ان الرجلين هما : حسان ومسطح ، ولم يحك عن أحد حدا لعبد الله بن أبي .

ان كان فيه ما تقول فقد اغتبتته ، وان لم يكن فيه ما تقول فقد بهتته " (١) وقد نهى الله عز وجل عن الغيبة بقوله تعالى : " ولا يغتاب بعضكم بعضا يحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ، ان الله تواب رحيم " (٢) ، كما نهى المسلم عن السخرية من غيره لما تنطوى عليه تلك المخالفة من نيل بالسمعة الأدبية والمكانة الاجتماعية فقال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاثم الفسوق بعد الايمان ومن لم يمتب فأولئك هم الظالمون " (٣) .

والواقع أن هذه الأدلة تبرز مدى حق الانسان في حماية حياته من أن تمس في وجودها ، أو ينال منها في شرفها واعتبارها ووجه اعتبارها حقوقا للانسان ما تواترت عليه أقوال الفقهاء فسي التعريف بالحق .

٢٣ — معنى كون تلك المصالح حقوقا لأصحابها :

ومعنى كون تلك المصالح حقوقا لأصحابها ، أن الشارع قد أثبت لها لهم بمقتضى الأدلة السابقة ، ذلك أن الحق يعرف فسي اصطلاح الفقهاء بأنه : " أمر الله ونهيه ، أى نفس الخطاب أو الأمر بما يفيد أن الحق هو الحكم " (٤) ، ويلاحظ من خلال استقراء ما قرره الفقهاء لتعريف الحق ، أن أقوالهم فيه يمكن ارجاعها إلى ثلاثة معان كلها تبرز تقرير الشارع له كخاصية فيه وسمة من سماته .

- (١) رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - وأخرجه الامام مسلم ، راجع سبل السلام للصنعاني - ج ٤ ص ٣٧٩ ، وما بعدها .
- (٢) سورة الحجرات - آية ١٢ .
- (٣) سورة الحجرات - آية ١١ .
- (٤) الفرق للقرافي - ج ١ ص ٤٠ وما بعدها .

تشبهت لصاحبها شرعا لتحقيق فرض معين " (١) ، أو هو ما ثبت باقـسـرار
الشارع ، واضفى عليه حمايته " (٢) ، أو هو : " ما ثبت في الشـرع
للإنسان أو لله تعالى على غيره " (٣) ، أو هو : " صفة شرعية بها يقتدر
الإنسان على التصرف والانتفاع بالاعيان المالية تصرفا مشروعا " (٤) .

ويبدو من خلال استقراء تعريفات الفقهاء للحق أنه مصلحة
أو اختصاص ، وأنه لا يكون حقا إلا بوصف الشارع وتقريره ، وإذا كانت
الحقوق الأدبية المشار إليها ثابتة بخصوص الشارع كما رأينا ، تكون
حقوقا محترمة ، وفقا لما يقرره الفقهاء .

٢٧ - الثاني : أنها تقوم على تغليب جانب العبد :

وهذه السمة من سمات الحقوق التي تضار بالضرر الأدبي ،
تقوم على أساس أن الحقوق المشار إليها مشتركة بين حق الله والعبد وحق
العبد فيها غالب ، ذلك أن الفقهاء وهم بصدد بيان أصحاب
الحقوق ، قسموا الحقوق باعتبار من تثبت لهم إلى حقوق لله خالصة ،
وحقوق للعباد خالصة ، وحقوق مشتركة بين حق الله وحق العبد ،
وقد يغلب فيها جانب حق الله ، كما قد يغلب فيها جانب حق العبد (٥)

-
- (١) الشيخ على الخفيف - المرجع السابق - ص ٩٨ وما بعدها .
 - (٢) الشيخ على الخفيف - الملكية - ج ١ - ص ٢ .
 - (٣) الشيخ أحمد فهمي أبو سنة - نظرية الحق - كتاب الفقه
الإسلامي أساس التشريع للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية
ص ١٧٥ وما بعدها ، حيث يقرر : أن اذن الشارع ركن من
أركان الحق .
 - (٤) الشيخ أحمد أبو الفتح - المعاملات في الشريعة الإسلامية -
ج ١ ص ٣٠ ، ويؤخذ على هذا التعريف أنه قاصر على
الحقوق المالية التي تثبت للإنسان فقط .
 - (٥) التلويح على التوضيح - ج ٢ - ص ١٥١ وما بعدها .

٢٨ — أما حق الله الخالص : فانه يطلق على كل ما يتعلق به النفع العام للأمة ، من غير أن يختص بافراد دون غيرهم ، أو بأقسام دون غيرهم ، وفي نسبة الحق لله عز وجل تعظيم له ، وبيان لخطره وعموم نفعه ، لا لأن الله تعالى ينتفع به ، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ، فلا يجوز أن يكون شيئا حقا له بهذا الوجه ، بل الاضافة الى الله تعالى لتشريف ما قوى خطره ، وعظم نفعه ، وشاع فضله بأن ينتفع به جميع الناس (١) ، ومن أمثلة هذا الحق العبادات المحضة كالإيمان وفروعه ، من صلاة وزكاة وصيام وحج وعمرة وجهاد (٢) .

٢٩ — وأما حقوق العباد الخالصة : فهي التي يقصد بها ما يتعلق به مصلحة خاصة ، كحرمة مال الغير ، وكبدل المتلفعات ، والغصوب ، وأثمان المبيعات الى غير ذلك من مصالح العباد الخاصة في الدنيا (٣) ، فحق العبد الخالص هو ما يترتب عليه مصلحة للإنسان وقد وضع الفقهاء معيارا للفرقة بين الحقين ، فذكروا أن حق العبد هو الذي يسقط باسقاطه ، فكل حق يكون للعبد اسقاطه يدخل ضمن حقوق العبد وذلك كالديون ، وأثمان المبيعات ، وكل حق لا يملك العبد اسقاطه ، يكون حقا لله كالعبادات .

وهو شهاب الدين القرافي أن التفرقة التامة بين حق الله وحق العبد غير حاصلة لأنه لا يوجد حق للعبد الا وفيه حق لله تعالى ، يتمثل في أمره عز وجل بإيصال الحق الى مستحقه ، فلا يوجد حق للعبد الا وفيه حق لله ، أما حق الله تعالى فانه يوجد دون حق العبد (٤) .

-
- (١) كشف الاسرار - لعبد العزيز البخاري - ج ٤ ص ١٢٥٥ .
 - (٢) التقرير والتحبير - لابن أمير الحاج - ج ٢ ص ١٠٤ ، وما بعدها ، وكشف الاسرار ج ٤ - ص ١٢٥٨ وما بعدهما ، والتلويح على التوضيح - ج ٢ ص ١٥٢ ، وما بعدهما .
 - (٣) كشف الاسرار - ج ٤ ص ١٢٧٨ ، والفروق للقرافي - ج ١ - ص ١٤١ ، ومראה الاصول - لمنلا خسرو - ج ٢ - ص ٤٢٨ ، والموافقات للشاطبي - ج ٢ ص ٣١٨ .
 - (٤) الفروق - للقرافي - ج ١ ص ١٤١ .

ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى وضع معيار آخر للتفرقة بين الحقين حاصله ، أن حق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود ، والزكوات ، والكفارات ، ونحوها ، وأما حق العبد فهو الذى يقبل الصلح والاسقاط والمعاوضة عليه (١) .

٣ - وأما الحقوق المشتركة بين حق الله وحق العبد : وهذا

النوع من الحقوق ، يأخذ المسمى الذى يغلب فيه جانب أحد الحقين فان كان الغالب فيه حق العبد سمي حقاً للعبد ، وان كان الغالب فيه حق الله سمي الحق حق الله تعالى ، ولهذا فان هذا الحسب يتنوع الى نوعين :

٣١ - أولهما : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب :

وقد مثل له الحنفية بحد القذف ، وقالوا : ان فيه حقاً لله تعالى ، لأنه شرع للزجر ، وفيه حق للعبد لأن فيه دفعا للعيار الواقع عليه من القذف ، فهذا دليل على أن فيه حقاً للعبد ، كما أن فيه حقاً لله بدليل وجوب الحد به ، إلا أن حق الله غالب ، لأن النفع فيه عام اذ انه يؤدى الى درء الأذى عن المسلمين وحماية اعراضهم وشرفهم (٢)

(١) اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ١ ص ١٠٨ ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ببيروت .

(٢) التقرير والتحبير - ج ٢ ص ١١١ ، وفتح القدير - ج ٤ ص ١٩٤ ، وبداية الصنائع - للكاساني - ج ٧ ص ٥٦ ، والمبسوط للسرخسي - ج ٩ ص ١١٢ ، وما ذهب اليه الحنفية قال به الامام مالك في احدى الروايات عنه ، راجع : بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٣ ، والمنتقى على الموطأ - ج ٧ ص ١٤٨ ، والفروق للقرافي - ج ١٠ ص ١٤١ .

ولكون حق الله غالب فيه ، فإنه لا يصح عند القائلين بذلك أن يسقط حد القذف من القاذف بالعفو عنه ، وحتى لو اسقطه العبد فإنه لا يسقط باسقاطه إذ لا مدخل فيه لاسقاط العبد ، وقد سبق تقرير ذلك (١) ، كما أنه ليس للمقذوف أن يقيم الحد على القاساذف بنفسه ، وإنما الذى يتولى اقامته هو الامام السلطان باعتباره نائبا عن الله تعالى في استيفاء حقوقه المترتبة على العباد (٢) .

وقد ذهب الشافعية والحنابلة والمشهور عن المالكية الى تغليب جانب حق العبد ، في حد القذف ، واستدلوا لما ذهبوا اليه بالسنة والمعقول :

٣٢ - أما السنة :

فيما روى عن أنس - رضي الله عنه - أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " ابعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم ، كان اذا أصبح يقول : اللهم انى تصدقت بعرضى على عبادك " (٣)

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد مدح أبا ضمضم على التصديق بعرضه ، والمدح على التصديق لا يكون الا اذا وقع على ما هو حقه (٤) .

-
- (١) راجع : اعلام الموقعين - لابن القيم - المكان السابق .
 - (٢) التقرير والتحبير - نفس المكان .
 - (٣) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة من طريق مهناشيب ابن العطاء عن شعيب بن بيان أو سعيد بن سنان عن عمران القطان عن قتادة عن أنس - رضي الله عنه - ، وشعيب كما قال الجوزاني له مناكير ، وأورد الذهبى في الضعفاء ، وقد أخرجه أبو داود باسناد صحيح عن قتادة ، راجع : ارواء الغليل للالباني - ج ٨ - ص ٢٢ وما بعدها .
 - (٤) راجع : المذهب للشيرازي - ج ٢ ص ٢٧٤ ، وأحيا علوم الدين ج ٣ - ص ١٥٠ .

٣٣ - ومن المعتول من وجهين :

الأول : أن المراد من حد القذف هو دفع عار الزنا عمن
المقذوف ، وهذا حق للعبد .

الثاني : أن سبب الحد هو الجنابة على العبد وفي اقامته
تعود المنفعة عليه وهذا دليل على أنه من حقوقه (١) .

وقد ترتب على تغليب جانب العبد في حد القذف أنه يجوز
أن يرد عليه العفو من المقذوف لأنه حقه ، ولا يستوفى الحد الا بعد
طلبه باستيفائه لأنه كما يقول ابن قدامة في المغنى : يعتبر لا قامة
حد القذف ان يطالب المقذوف لأنه حقه ، فلا يستوفى قبل طلبه
كسائر حقوقه ، كما انه يسقط بعفو كالقصاص ، ويفارق سائر
الحدود فانه لا يعتبر لا قامة طلب استيفائها (٢) ، ولهذا فسان
القذف اذا وقع على غائب لا يقام الحد على القاذف حتى يحضر
ويطالب ، واذا وقع على من لم يبلغ لا يقام الحد حتى يبلغ ، ولا يجوز
لولى المطالبة عنه لأنه حق شرعي للتشفي فلم يقم فيه مقامه كاستيفائه
القصص ، فاذا بلغ وطالب اقيم على القاذف الحد حينئذ ، ولا يقام
الحد بقذف غائب حتى يحضر ويطالب باقامته على من قذفه ، وهكذا
تأسيما على أنه من حقوق العبد (٣) .

والرأى المشهور عند مالك : أنه يجوز للمقذوف أن يعفو عمن
اقامة الحد قبل بلوغ الامام أو نائبه ، وذلك قياسا على الأئمة

(١) المجموع - السابق .

(٢) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١٧ - مكتبة الرياض الحديثة .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١٨ . وراجع : حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ - ص ٣٣١ .

الوارد في سرقة دار صفوان حين قال له النبي - صلى الله عليه وسلم - :
 " هلا مفوت عنه قبل أن تأتيهني " ، ولم يعمل الرسول - صلى الله عليه وسلم -
 عليه وسلم - بقول صفوان : اني لم أرد هذا ، أى قطع يده ، هو
 عليه صدقة (١) .

٣٤ - الرأى الراجح : والرأى الذى يترجح لدينا

هو رأى جمهور الفقهاء الذين قالوا بغلبة حق العبد في حد القذف ،
 وذلك للاعتبارات التى قررناها هذا الرأى ، ولأن القول بتغليب
 جانب حق العبد فيه لا يمنع من اشراك حق الله معه ، وهذا نفسى
 نظرنا ادعى لحماية حقه وحفظ شرفه واعتباره .

٣٥ - ثانيهما : ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب :

وقد مثل الفقهاء لذلك بالقصاص ، اذ أن حق الله تعالى
 فيه يتمثل في أن لله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد ، ومنع
 وقوع جريمة القتل ، ومفساد هذا المعنى قول الله تعالى : " ولكم
 في القصاص حياة يا أولى الألباب " (٢) .

وأما حق العبد في القصاص فانه يتمثل في حق الاستمتاع
 ببقا النفس (٣) ، ولو وقع الجنابة عليها .

-
- (١) أخرجه مالك في الموطأ وأصحاب السنن الأربعة ، راجع :
 تنوير الحوالك - شرح موطأ مالك - ج ٣ - ص ٤٩ ، نصب
 الرأى - ج ٣ - ص ٣٦٨ ، سبل السلام للصنعاني - ج ٤ -
 ص ٢٦ .
- (٢) سورة البقرة - آية ١٧٩ .
- (٣) التلويح على التوضيح - للفتا زاني - ج ٢ - ص ١٥٥ .

ونظرا لأن حق الغير غالب في القصاص من غير خلاف بسين
الفقهاء فإنه يجرى فيه التوارث ، ويصح الاعتياض عنه بالمال والصلح ،
ويصح العفو عنه مع وجود حق الله تعالى وهو إخلاء العالم عمن
الفساد (١) .

ويظهر من خلال ما سبق أن مجموعة الحقوق التي يرد عليها
الضرر الأدبي ، تمثل حقوقا لأصحابها ، وهذه الحقوق ثابتة
لهم شرعا بمقتضى الأدلة الشرعية ، وإن ورود حق الله فيها انمسا
هو لتأكيد حفظها ومنع التعدي عليها ، وقد سبق أن رأينا : أنه
لا يخلو حق العبد من وجود حق الله فيه (٢) ، ليكون هذا الوجود
لحق الله مدعاة للحفظ ووسيلة لاحترام تلك الحقوق بين الناس .

وإذا كانت تلك الحقوق تدخل ضمن الحقوق المشتركة
بين حق الله والعبد ، وحق العبد فيها غالب ، فإنه يترتب على
ذلك أن تكون تلك الحقوق مما يمكن أن يرد عليه الاعتياض بالمال
والصلح والاسقاط والعفو ، وهذا الأمر وإن كان مقررا باتفاق
الفقهاء في مجال ضمان النفس في حال التعدي عليها كالأعضاء
فإنه في مجال التعدي على شرف الإنسان بالقذف ، ووفقا لما
انتهى إليه رأى جمهور الفقهاء وترجح لدينا أن ذلك الضرر يغلب
فيه جانب التعدي على حق العبد ، يوضح هذا المعنى ، ما قرره
ابن قدامة في المغني حيث يقول : " يشترط لأقامة حد القذف
مطالبة المقذوف ، لأنه حق له فلا يستوفي قبل طلبه كسائر حقوقه ،

(١) كشف الاسرار - ج ٤ ص ١٢٨١ ، مرآة الأصول - ج ٢ - ص

٤٢٨ ، والموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٣٢٠ .

(٢) راجع في هذا المعنى : الفروق للقرافي - المكان السابق .

ويقول : انه حق لا يستوفي الا بعد المطالبة من صاحبه باستيفائه ، كما أنه يسقط بعفوه كالقصاص ، ويختلف عن سائر الحدود فأنه لا يعتبر في اقامتها الطلب باستيفائها وهذا المعنى هو ما ذهب اليه المالكية في المشهور عندهم والشافعية (١) .

٣٦ - الثالث : ان الحقوق الأدبية مآلها الى التمول :

والمشهور في الفقه أن الحقوق التي يرد عليها الضرر الأدبي حقوق غير مالية ، أنها ليست بمال أصلا ، لأن معانيها أكبر وأسمى من أن تكون محلا للتعامل بالمال وأن المقصود منها ليس هو المال أصلا ، بل حفظ معناها في حياة الناس ، يقول ابن قدامة : " والحقوق على ضربين : أحدهما : ما هو حق لآدمي ، والثاني : ما هو حق لله تعالى ، وحق الآدمي ينقسم الى قسمين : أحدهما : ما هو مال أو المقصود منه المال ، والثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وذلك القصاص ، وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة ، والعق والنسب والاستيلاء والولاء والرق " (٢)

ويقول ابن عابدين : " الحقوق المجردة أو المفردة هي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية لا وجود لها الا باعتبار الشرع ، ولا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عنها ولا يجوز الاعتياض عنها ، ولا تضمن عند التلف ، فهي لم تقم بمحل ، ولم تقرر في ذات ويمثل لها بحق الشفعة وحق الخيار ، فهذه حقوق تتعلق بمحض المشيئة والاختيار

(١) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١٧ ، وراجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢١ ، والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة - ج ٩ - ص ٢٣٧ وما بعدها .

دون أن تكون تابعة لعين مملوكة وأما الحقوق المقررة أو المؤكدة ، فهي حقوق قائمة بالمحل ، فيصح الاعتياض عنها ، وتضمن عند الاتلاف ، كحق الرهن وحقوق الارتفاق (١) ، وينقسم حق العبد من حيث الارث الي حق يورث وحق لا يورث ، ووراثه حق من الحقوق يعتبر اشارة على أنه من حقوق الانسان وليس من حقوق الله تعالى ، لأن حقوق الله لا تورث ، والحق الذي يعتبر خادما بالمال معين أو تابعا له ، أو موثقا له أو معينا له ولا صلة له بشخص صاحبه ، ولا بارادته ومشيئته ، وهو ما ينقلب في النهاية مالا ، فانه يورث ، كحقوق الارتفاق ، وحق الدية والأرث ، وحق الرهن ، فالارث انما يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع (٢) .

واذا كان الفقهاء يقررون ان حق العباد منها ما هو مالى ومنها ما هو غير مالى على أساس الضوابط التى وضعوها لهذا التقسيم فان مجموعة الحقوق التى يرد عليها الضرر الأدبى . ليست من قبيل الحقوق المالية أصلا ، وذلك على أساس أن المال لا يرد فيها قصدا ، ولا يمكن أن يرد عليها التقدير بالمال ابتداء ، لكن هذا الأصل لا يمنع من أن تتحول هذه الحقوق الى طبيعة أخرى يمكن أن يسرد عليها التقدير بالمال عند عدم امكان اعتبار الأصل وهو عدم ماليتها ، فهذه الحقوق وإن كان الأصل فيها انها حقوق غير مالية ، الا أنها تتسم بطبيعة تنطوى على معنى التمول في الضمان بما يجعلها تضمن بالمال وتقدر به .

ودليل هذا التمول ما قرره الفقهاء من أنها يمكن التعويض عنها ، وذلك وارد بنصوص الشرع في التعدى على النفس أو بعضها

(١) حاشية ابن عابدين - ج ٤ - ص ٥١٨ .

(٢) برآة الأصول - ج ٢ - ص ٤٢٨ ، والهداية مع فتح القدير

ج ٥ - ص ٣٢٦ .

بالدية أو الأرض ، فالدية نوع من التقدير البدلي للنفس - والأرض نوع من التقدير البدلي لتلف الأعضاء ، وإذا كانت الدية مقدرة بنسب الشارع في الجناية على النفس ، والأرض مقدر في الجناية على أعضائ النفس ، فإن حكومة العدل تمثل نوعا من التقدير للجناية في حالة الجروح والآلام التي لم يقدر فيها تعويض بنصوص الشارع (١) ، وهذا الأمر وارد في حق الطلاق فهو وإن كان غير مالي إلا أنه يمكن أن يرد عليه التقدير البدلي بالمال كما في الخلع ، وكذلك حقوق الارتفاق فإنها تورث عند الحنفية ، ويمكن التعويض عنها بالنص عليها في بيع العيين ، وهم يرون ذلك برفق أن حقوق الارتفاق ليست من قبيل الحقوق المالية عندهم ، لكنها تتحول في النهاية إلى حق مالي يمكن الاعتياض عنه وتوارثه . لأنها تتعلق بالمال (٢) .

٣٧ - أساس التمول في الحقوق غير المالية :

ويقوم أساس التمول في الحقوق غير المالية على عدة أسس يمكن أن تؤخذ مما قرره الفقهاء ويمكن ردها إلى ما يلي :

٣٨ - أ - الاعتياض :

ويظهر أثر الاعتياض في تلك الحقوق واضحا في باب الدييات ذلك أن الدية تجب في مقابل النفس أو الأعضاء التي ألفتها الجناية

(١) تكملة فتح القدير - ج ١٠ - ص ٢٧٠ ، تبين الحقائق للزيلعي - ج ٦ - ص ١٢٦ ، كشف القناع - ج ٦ - ص ٥ ، استنى الطالب شرح روض الطالب - ج ٤ - ص ٤٧ .

(٢) فتح القدير - ج ٦ - ص ٤٢٧ وما بعدها ، وبدايع الصنائع للكاساني - ج ٦ ص ١٨٦ حيث يقرر أن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي ، وراجع : العناية على الهداية للباهرتسي - ج ١٠ - ص ٨٧ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - ج ٢ - ص ٥٦٧ ، وراجع : الموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٣٢٠

بصرف النظر عما تؤدي اليه من نتائج مالية ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان الدية تجب في مقابل منفعة الحياة أو العضو ، وليس في مقابل النفس أو العضو ذاته ، لأن قيمتها لا تقدر بالمساواة أصلاً كما سبق (١) .

ويترتب على اعتبار الجانب الأول ، وهو وجوب الدية فسي مقابل ما اتلفته الجناية دون اعتبار لمآله العالي ، أن وجوبها في تلك الحالة يتمخض عن ضمان المساس بحق الانسان في سلامة جسده وأعضائه وهو حق أدبي خالص ، وليس أدل على ذلك من وجوب الضمان في حالة التعدى على عضو زائل المنفعة ، بل ونسي حالة العضو الزائد ، حيث تجب فيه حكومة عدل على أساس أنسبه جزء من الآدمي وتشريف له وإن لم يكن فيه نفع ولا زينة ، والأمـر كذلك في اليد الشلاء واللسان الأخرس ، والعين العوراء (٢) . واعتبار الضمان في مقابل العضو الذي تلف بصرف النظر عن منفعته أو أصالته يدل أكبر دلالة على تعويض الضرر الأدبي الحاصل بفقده .

وفي الحالة الثانية ، فإن الضمان يتقرر كمقابل للمنفعة ، أو زوال الجمال ، ولو بقي العضو على شكله قاطب بعد الاعتداء وذلك على أساس أن وجوب الدية يتعلق بفقد جنس المنفعة ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) ، وقد جاء في مجمع الضمانات : " أن الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جملاً مقصوداً في الآدمي على الكمال ، يجب كل الدية لا تلافه من

(١) في هذا المعنى : المبسوط - للسرخسي - ج ٢٦ - ص ٥٩ ،

وحاشية ابن مابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٣٧٩ .

(٢) المبسوط للسرخسي - ج ٢٦ ، ص ١٦٦ ، وبدائع الصنائع -

للكاساني - ج ٧ - ص ٣٢٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ٩ - ص ٥٩٥ ، والمهذب للشيرازي

ج ٢ - ص ٢١٦ ، والشرح الكبير - للدردير - ج ٩ - ص ٥٩٣ ،

وبدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣١١ وما بعدها .

وجه ، وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي (١) .

وبلاحظ أن المتلف سواء كان هو الحياة أو العضو أو منفعتيها ليس بمال أصلا ، ولذلك كان الأصل عدم ضمانه بالمال ، لأن المال ليس بقيمة له ، إذ لا يقوم مقامه ، وقيمة الشيء تتمثل فيما يقسم مقامه ، وإنما عرف تقويمه بالشرع ، ولذلك لا يجوز إيجاب المال زيادة مما أوجبه الشرع قدرا ، ولما كانت المنافع لا تعد من قبيل الأموال عند الحنفية أصلا ، ولا يرد عليها وصف التقوم إلا استثناء عند المتأخرين منهم ، فإنها هنا قد ثبت تقومها بما ورد عن الشرع وعند جمهور الفقهاء تعتبر المنافع أموالا وتضمن عندهم (٢) .

كما يلاحظ أن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال عند الجمهور ومنهم فقهاء الحنفية الذين يرون عدم مالية المنافع ، ويترتب على ذلك أن الجاني إذا فقد العضو الذي يجب أن يقطع قصاصا ، فإن الدية تجب لأن الدية تأخذ حكم المال عندهم ، وإذا فقد المثل في المال وجب القيمة (٣) كما أن القصاص فيما دون النفس يشترط فيه المماثلة والمساواة في الأرض ، لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال ، والمساواة في اتلاف الأموال معتبر (٤) ، ويجوز للإنسان أن يضحى باطرافه في سبيل انقاذ حياته ، فالأطراف كالأموال خلقت وقاية للنفس (٥) ، وإذا كان أمر الأطراف كذلك فإن سريان أحكام الضمان عليها ، ودخولها في مجال الاعتياض يكون أمرا واردا .

-
- (١) مجمع الضمانات - للبغدادى - السابق ص ١٧٠ .
 - (٢) تبين الحقائق للزيلعي - ج ٦ - ص ١٣٧ ، والمبسوط للسرخسي ج ١١ - ص ٧٨ وما بعدها ، عيسوى أحمد عيسوى ، المدخل للفقهاء الاسلاميين - ص ٣٠٩ ، طبعة ١٩٦٧ م .
 - (٣) الشيخ محمد أبوزهرة - فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي - القسم الثاني - ص ٣٩٦ ، طبعة ١٩٦٦ م .
 - (٤) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٢٩٩ ، وما بعدها .
 - (٥) فتح القدير - للكمال ابن الهمام - ج ٥ - ص ٢٦٣ ، وبدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٢٩٧ .

٣٩ - ب - التوارث :

ومن الأسس التي يقوم عليها معنى التمول في الحقوق الأدبية أنها تورث ، ومن سمات التمول في الحقوق أن تكون مما يقبل التوارث ، وفي هذا المعنى يقرر الفقهاء أن الحقوق من حيث الارث وعدمه تنقسم الى حق يورث والى حق لا يورث ووراثه حق من الحقوق ، يعتسب إماراً على أنه من حقوق الانسان ، وليس من حقوق الله تعالى ، لأن القاعدة العامة أن ما كان من حقوق الله تعالى أو ما كان حق الله غالباً فيها لا يورث (١) ، وقد جاء في شرح الهداية : " الارث يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع " (٢)

واذا كان توارث الحق علامة على غلبة جانب التمول فيه ، وكانت الحقوق الأدبية في جملتها مما يقبل التوارث ، كان اعتبار معنى التمول فيها لذلك أمراً وارداً .

٤٠ - ج - جريان العرف بتمول الحقوق الأدبية :

وقد جرى العرف على تمول عدد من الحقوق الأدبية ، على النحو الذي يجعل الاعتياض منها أمراً جائزاً ، وللعرف أثر كبير في تمول كثير من الأشياء (٣) ، وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو سنينة : " ومن الحقوق المجردة : الحقوق الفكرية أو الأدبية وإن كان الفقهاء

(١) مرآة الاصول - لمثلاً خسرو - ج ٢ - ص ٤٢٨ .

(٢) شرح فتح القدير على الهداية - ج ٥ - ص ٣٢٦ .

(٣) راجع في تفصيل ذلك : رسالة الشيخ أحمد فهمي أبو سنينة - العرف والعادة في رأى الفقهاء ص ١٣٦ وما بعدها - مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٨ م ، وراجع : ما حكاه ابن عابدين عن هذا الاتجاه بقوله : " لو فرغ من الوظيفة بمال ، فللمخرج لسه الرجوع بالمال ، لأنه اعتياض من حق مجرد ، وهو لا يجسوز " ، راجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣٨٣

المتقدمون لم يعتبروها من المال ، لأنهم قصرُوا معناه على الأشياء التي يمكن احرازها ، ولها قيمة بين الناس من الأموال المادية ، ولم يعتبروا الحقوق المجردة من المال ، والرأي الصحيح أنها تتمسك بتعارف الناس ، كما قرر متأخرو الحنفية في حكم التنازل عن الوظائف بعوض (١) ، وهكذا يكون جريان العرف بتمول تلك الحقوق ممسكاً بصلح أن يكون أساساً لتمولها (٢) .

وقد حكى ابن عابدين في حاشيته ما جرى عليه العمل مما اقتضته الضرورة من تمويل بعض الحقوق غير المالية أو الأدبية ، وذلك مثل حق الوظيفة فقال : " وعليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمسأل ، قال العلامة العيني في فتاواه : ليس للنزول شيء يعتمد عليه ، ولكن العلماء والحكام مشوا على ذلك للضرورة ، واشتروا أمضا الناظر لئلا يقع فيه النزاع (٣) . وقد أكد هذا المعنى الإمام السيوطي فأبرز منصر : " الصرف " في اعتبار التمويل إذ يقول : " لا يقع اسم المسأل الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت وما لا يطرحه الناس " ، ومفاد هذا أن العرف هو أساس مالية الأشياء لقوله : " لا يقع اسم المال الا على ماله قيمة ، أي بين الناس عرفاً بحيث أضحي محلاً للمعاوضة يباع بها (٤) .

- (١) نظرية الحق - للشيخ أحمد فهمي أبو سنة - منشور بكتسب ب الفقه الاسلامي أساس التشريع للمجلس الأعلى للشئون الاسلامية ص ١٨٢ ، وقد حكى ابن عابدين هذا الرأي بقوله : " ولا يجوز الاعتياض عن الوظائف لأن بيع الحق لا يجوز - رد المحتار ج ٤ ص ٥١٨ .
- (٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣ ، حيث يقول : " وثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم ، وراجع : البحر الرائق - ج ٢ و - ص ٢٢٧ .
- (٣) رد المحتار على الدر المختار - ج ٤ - ص ٥١٩ .
- (٤) الاشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٩٧ ، وراجع : حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن للدكتور فتحي الدريني وفئة من العلماء - ص ٢٤ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين بأن صفة المالية في الفقه الاسلامي ليست الا صفة للأشياء بناءً على تمسُّول الناس ، واتخاذهم اياها مالا ومجلا لتعاملهم ، وذلك لا يكون الا اذا دعتهم الحاجة لذلك فمالَت اليه طباعهم ، وكان في الامكان التسلط عليه والاستئثار به ، ومنعه من الناس ، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة ، فاذا تحقق ذلك عدت من الأموال بناءً على عرف الناس وتعاملهم (١) ، وقد جاء في مجمع الأنهر: ان هوام الأرض تصبح مالا ، أي محلا للملك اذا ظهرت منافعها فسي الدوا ويلزم تلفها بالتعويض لأنها ذات قيمة مالية عرفاً (٢) .

٤١ - د - الحقوق الأدبية ترتبط بحفظ مقومات الحياة :

ويبقى من أسس قيام الحق الأدبي أنه يتصل بحفظ مقومات الحياة التي تتعلق بالمصالح الضرورية المعتمدة ومنها حفظ النفس وحفظ العرض ، وحفظ المال ، ومن المؤكد أن حفظ حق الانسان في الحياة من أن يمس به ماساً مادياً عن طريق التعدي عليه

(١) الشيخ علي الخفيف - الملكية ج ١ - ص ١٣ هامش (١) ، ويقرر الدكتور فتحي الدريني - السابق - ص ٣١ : ان هذا رأى وجيه وتفقه جيد .

(٢) مجمع الأنهر - ج ٢ - ص ١٠٨ . وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٢٠٥ ، أول باب البيوع - مطلب نفسي النزول عن الوظائف بالمال ، لما جرى به العرف بذلك ، والاشباه والنظائر - للسيوطي - ص ٣٢٧ ، وشرح منتهى الإرادات - ج ٢ - ص ٢٤٨ ، والموافقات - للشاطبي ج ٢ - ص ١٧ .

بالقتل أو الضرب أو الجرح ، أو ان يمس به مساسا معنويا عن طريق
التعدي على الشرف والقذف والسب وغيرهما من كل ما ينال مسس
شرف الانسان واعتباره ، يدخل في اطار حفظ مقومات الحياة
حيث لا يستقيم لها معنى بدون المحافظة عليها ، ولهذا قررت الاحكام
الشرعية ضمان التعدي على تلك الحقوق بما تستوجبه من عقوبة
تقديرية ، وغير تقديرية ، وتعويض لما يسفر عنه التعدي عليها ، تلافيا
لآثاره وتخفيفا من اضراره (١)

..

(١) راجع في هذا المعنى : العز بن عبدالسلام - قواعد
الاحكام - ج ١ - ص ٥ ، والموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٨ ،
وما بعدها ، واعلام الموقعين - لابن القيم - ج ٢ - ص ٩٥ ،
وما بعدها .

الفصل الثاني

شروط قيام الضرر الأدبي في الفقهاء
الاسلامي والوضعي

٤٢ - ويجب أن تتوافر في الضرر الأدبي شروط معينة ذكرها الفقهاء ، وذلك حتى تعترتب عليه الآثار المنوطة به ، ومنها حـسـق المعتدى عليه في تعويض ما أصابه من ضرر أدبي . وهذه الشروط موجودة في كل من الفقهاء الاسلامي والوضعي ، وينبغي أن نشير إليها مع تخصيص مبحث لكل اتجاه .

(المبحث الأول)

شروط قيام الضرر الأدبي فقه القانون

٤٣ — يقرر فقهاء القانون أن الضرر الأدبي مثله كمثل الضرر المادي من حيث وجوده ونشأته على النحو الذي يكون فيه سببا لقيام المسؤولية عنه ، ومن ثم قيام حق الشخص المضرور في المطالبة بالتعويض عنه ، ولذلك يشترط فيه شروط .

٤٤ — أولها : أن ينطوي الضرر على إخلال بمصلحة أدبية مشروعية .

ومن المعروف أن المصلحة المستهدفة بالضرر ، والتي يحرس القانون على حمايتها منه ، قد تكون مالية ، وهي لا تثير صعوبة بالنسبة للتعويض ، فالفقه والتشريع الوضعيان متفقان على تقريب الأحكام الناشئة عن المسؤولية بخصوص التعويض عنه ، وقد تكسسون مصلحة أدبية وهي لا تقل أهمية في نظر القانون الوضعي من

- (١) د . عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٥٩٠ ، ود . سليمان مرقس - نفس المرجع والمكان ، والموجز في النظرية العامة للالتزام ، للدكتور السنهوري - ص ٣٣٠ ، د . عبد الرازق حسن فرج - السابق - ص ٦٨ ، والمراجع المشار إليها ، د . سمير تنافو - السابق - ص ٢٤٩ ، د . محمد كامل مرسي - السابق - فقرة ٥١ ، د . أنور سلطان - المصدر نفسه - ص ٥٢٥ ، د . عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٤٦٨ ، د . محمود جمال الدين زكي - نظرية الالتزام في القانون المدني - ص ٦٦ - طبعة ١٩٦٨ ، حيث يقول : " ويعتبر ضررا أدبيا في الجملة ، كل مساس بحق غير مالي ، كحق الشخص على اسمه أو على حرمة مسكنه ، وحقه المعنوي على مؤلفه ، وقد ينجم ضرر أدبي من مجرد الاعتداء على حق لسه " وقارن د . توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٣٥٦ ، حيث يستعتبر الضرر الأدبي داخلا تحت الضرر الجسدي .

نظيرتها الأولى ، ولهذا نص القانون المدني المصري ، فـنـسـي المادة (٢٢٢ / ١) على أنه : " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، فأفصح بذلك عن طبيعة الضرر الأدبي ، كسبب يجعل للمضرور الحق في التعويض ، شأنه في ذلك شأن الضرر المادي (١) .

وقد جاء التعبير عن الضرر الأدبي في نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مطلقاً ، لم يحدد ماهية الضرر الأدبي ، ولم يبين الحالات التي تدل على وجوده ، فترك مجالاً خصيباً للفقهاء يفسرون فيه هذا الذي أطلقه النص ، ويبين الحالات التي يكون فيها الضرر أدبياً على نحو ما سبق ، ويهدون من خلال النظر في الحالات التي أوردها الفقه أنها تتفق جميعاً في أن الضرر فيها ضرر غير مادي

-
- (١) راجع المادة ٢٠٥ من مشروع التقنين المدني العراقي وهي مستمدة من الفقه الاسلامي وتنص على أنه : " ١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير فـسـي حـرـبـته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدى مسئولاً عن التعويض " ، وقد نصت المادة ٢٦٢ من القانون المدني الاردني على أنه : " ١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك ، فكل تعد على الغير في حـرـبـته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدى مسئولاً عن الضمان " ، وقد نصت المادة ٢٧١ من مشروع قانون المعاملات الطالية العربية الموحد (القانون المدني الموحد على أساس الفقه الاسلامي) على أنه : " ١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حـرـبـته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدى مسئولاً عن التعويض " . راجع : الفعل الضار - للدكتور مصطفى الزرقا . ص ٢٢٤ - دار القلم بدمشق .

أصلا ، بمعنى أن المصلحة المعتدى عليها ليست مما يرد عليه التعامل بالمال حتى يتسنى تقييمها من الناحية المادية بنظائرها ، وإن كان التعدى على تلك المصالح لا يمنع من تقدير تعويض يقترب في صورته من الجزاء بقدر ما ينتعد في تقديره عن المماثلة . ويشترط أن تكون المصلحة التي أصيبت من جراء الضرر الأدبي - مشروعة حسنة تقبل دعوى التعويض قانونا فيجب أن تكون المصلحة غير مخالفة للنظام العام والآداب . ومن ثم لا يكون للعشيق أن تطلب التعويض فسي حالة وقوع حادث اعتداء على عشيقها ، لأن الضرر الأدبي الناتج من الاعتداء على العشيق لا يمثل ضررا بمصلحة مشروعة يحميها القانون (١) .

٤٥ - ثانيا : أن يكون الضرر الأدبي محققا :

ويكاد رأى الشراح يجمع على أن الضرر الأدبي يشترط فيه ما يشترط في الضرر المادي من كون الأخير محققا ، والضرر المحقق الوقوع ، هو الذى تحقق وقوعه فعلا (٢) أو سيقع حتما ، وذلك كما إذا كان الضرر مستقبلا ، أى لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل (٣) .

(١) د . توفيق فرج - السابق - ص ٢٥١ وما بعدها ، د . جمال زكي - المرجع السابق - فقرة ٢١٤ .

(٢) د . السنهوري - المرجع نفسه - ص ٨٥٨ ، د . عبد المنعم الصده - ص ٥٨٧ ، د . أحمد حشمت أبوستيت - فقرة ٤٦٣ ، د . توفيق فرج السابق - ص ٣٤٨ ، د . أنسور سلطان - المرجع نفسه - ص ٣٢٩ .

(٣) د . عبد المنعم الصده - المرجع نفسه ، وراجع حكم محكمة النقض الجنائي في ١٦/٦/١٩٤٧ م ، وقد جاء في هذا الحكم : " أنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى المدني ، الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل ، ومجرد ادعاء احتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداية (مجلة المحاماة ٤٨ - ص ٧٤٦ رقم ٢٤١) .

وإذا كان فقهاء القانون الوضعي لم يضربوا أمثلة توضيحية
عنصر التحقق في الضرر الأدبي فيمكن تقدير تحقق الوقوع في الحالات
التي ذكرها الفقهاء ، في حالة ما لو تم الفعل ووقع فيها ، مثل
حدوث الألم من جراء التعدي على جسم المضرور فعلا ، أو إذا تحققت
الإشاعة عن فتاة أنها مريضة بمرض معد لا تصلح معه للزواج ، أو رميها ،
أو نسبة أمر محدد يمس أخلاقها بما يقرض الرافضين في الزواج منها ،
وكما في قذف إنسان أو سبه على نحو ما سلف ، وكما في اختطاف طفل
من أمه أو انتزاعه من حضانتها ، وكما لو حدث بالفعل ما ينطوي على
مساس بالشخص في معتقداته الدينية أو شعوره الأدبي وهكذا .

وقد يكون حصول الضرر الأدبي في المستقبل ، وذلك فسي
حالة ما إذا قامت أسبابه في الحال ، وتراخت آثاره إلى المستقبل (١)
كما لو أصيب شخص بجرح في وجهه فسبب له ألما وتمنح عن بعض
التشوهات التي تمنعه من الاستمرار في وظيفته ، إذا كانت مما يشترط
لها حسن المظهر وجمال السمات ، وكما لو أشيع عن فتاة أنها ليست
على خلق وتمنحت الأشاعة عن صرف الخطاب عنها أو أقالمتها من
عملها ، أو نقلها إلى وظيفة أدنى درجة أو أقل دخلا مما كانت
عليها ، وفي هذه الحالة ، والضرر الأدبي شأنه شأن الضرر المادي
لا يقف تقدير التعويض عند الضرر الذي وقع فعلا ، وإنما ينبغي أن
يمتد ليشمل الضرر الذي سيقع حتما ، فإذا كان هذا الضرر يمكن
تقديره فورا ، قدره القاضي وحكم به كاملا (٢) .

(١) د . السنهوري - المرجع نفسه - ص ٨٥٩ ، ود . الصدة -
المرجع نفسه - ص ٥٨٧ ، د . محمد كامل مرسي - المرجع
نفسه - فقرة ٤٨ ، د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٤٥٢ ،
د . أحمد سلامة - المرجع نفسه - فقرة ١٨١ ، د . نعمان
جمعه - المصدر نفسه - ص ٥٨ ، د . عبدالرازق نسرج -
المرجع نفسه - ص ٦٥ ، د . جميل الشرفاوي - المرجع
نفسه - ص ٤٨٣ .

(٢) د . السنهوري - المرجع نفسه ، د . توفيق فرج - المصدر
نفسه - ص ٣٤٩ ، د . جلال زكي - المرجع نفسه - ص ٢٦٠
وما بعدها ، د . عبدالحى حجازي - المرجع نفسه - ص ٤٧٣ .

أما إذا كان لا يمكن تقديره ، كما إذا أصيب العامل نفسي ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتز أو ستبقى سليمة فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين وبحكمهما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذي يستحقه ، وفقا لأى مسن الفرضين يتحقق في المستقبل ، وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر الى أسباب أخرى فيجوز للقاضي بعد أن يقدر الضرر وفقا لما تبينه مسن الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير (١) وقد اشار الى هذه الفروض القانون المدني الجديد، فنص في المادة ١٧٠ بأن يقدر القاضي مدى التعويض من الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ ، مراعى في ذلك الظروف الملائمة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير (٢) .

(١) المرجع نفسه - وقد قضت محكمة النقض المدني في ١٩٣٤ / ٦ / ٧ بأنه : " إذا طلب شخص أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذي أصابه مع حفظ الحق في المطالبة بالتعويض الكامل بتقصيته على حده ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنع من المطالبة بتكملة التعويض بعد أن يتبين له مدى الاضرار التي لحقت به " ، مجموعة القواعد القانونية - ج ١ ص ٤١٥ رقم ١٩٠ .

(٢) وقد نصت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص على أنه : " قد لا يتيسر للقاضي أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيا كما هو الشأن مثلا في جرح لا تستبين عواقبها الا بعد انقضاء فترة من الزمن فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضا مؤقتا بالتثبت مسن قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها ، فاذا انقضى الأجل المحدد اعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض اضافي اذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا مسار القضاء المصرى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٣ .

وإذا كان من المسلم به أن الضرر يمكن أن يطالب فـسـى
دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذي استفحل ولم يكن قد دخل في
تقدير القاضي أول مرة ، وليس في هذا ما ينافي حجية الأمر
المقضي به لاختلاف المحل في الدعويتين ، إذ محل الدعوى الثانية
هو التعويض عن الضرر الذي استجد ولم يكن موجودا عند نظـر
الدعوى الأولى (١) .

٤٦ - وعلى العكس من ذلك قد يقدر القاضي التعويض على
أساس ما تبين له من ضرر ، ثم يحصل بعد ذلك أن يتناقض الضرر
على خلاف ما حسبه ، وقت الحكم بالتعويض ، كما لو بدت الإصابة
خطيرة بحيث تؤدي إلى عاهة مستديمة ، فقدر القاضي التعويض
على هذا الأساس ، ثم حصل بعد ذلك أن زال كل أثر للإصابة ،
ففي هذه الحالة لا تصح معاودة النظر في تقدير التعويض لأن هذا
يتنافى مع حجية الأمر المقضي به (٢)

وفي مقابل الضرر المحقق حالا كان أم مستقبلا ، يوجب
الضرر المحتمل ، وهو الضرر غير المحقق الوقوع في المستقبل ، وليس
من شأن هذا الضرر أن يولد حقا في التعويض ، فليس للمالك
الذي يمر من جانب أرضه قطار السكة الحديد أن يطالب بتعويض

(١) د . عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٥٨٨ ، وقد جاء في
مجموعة الأعمال التحضيرية أنه إذا رأى القاضي أن الموقف
غير جلي واحتفظ في حكمه للضرر بالرجوع بتعويض تكميلي
خلال مدة يبينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام ،
مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٢) د . عبد المنعم الصده - المرجع نفسه .

من خوفه من حدوث حريق في زراعته بسبب كونه مجاورا له ، فان مثل هذا الخوف لا يرقى لأن يكون ضرا أديها يستحق بموجبه التعويض (١) .

٤٧ - ثالثها : ينبغي أن يكون الضرر شخسيا :

والمراد بهذا الشرط أن يقتصر الحق في طلب التعويض من الضرر الأدي على من لحقه الضرر دون غيره ولهذا لا يستطيع أى شخص غيره أن يلاحق المسئول في حالة تقاعد المعتدي عليه وعدم رفعه دعوى المسئولية ، فالمضرور هو الذى يكون له أن يطالب بالتعويض (٢) ولا صعوبة في حالة ما اذا كان المضرور شخصا واحدا ، كما أنه لا صعوبة كذلك في حالة تعدد المضرورين من الخطأ الواحد ، حيث يكون هناك ضرر شخصي بالنسبة لكل منهم .

ولكن يثور الأمر في حالة ما اذا وقع الضرر على جماعة ، ومع ذلك فانه ينبغي أن يفرق هنا بين ما اذا لم يكن لهذه الجماعة شخصية معنوية ، أولا ، فاذا لم يكن للجماعة شخصية معنوية وكان الضرر من المصلحة العامة لهذه الجماعة ، فلا يكون لها أن تطالب بالتعويض ، وانما يكون لكل فرد من المنتمين اليها أن يطالب به متى أثبت أنه قد لحقه ضرر شخصي من جراء ما وقع على الجماعة التى ينتمى اليها ، أما اذا كان لهذه الجماعة شخصية معنوية ، كان تكون نقابة من النقابات أو جمعية من الجمعيات أو شركة ، فانه يجب هنا أن نفرق بين ما يقع من ضرر لفرد من الأفراد الذين ينتمون اليها ، حيث يتعلق الأمر بمصلحة

(١) راجع في هذا المعنى : د . توفيق فرج - المرجع نفسه

ص ٣٥٠ .

(٢) المرجع نفسه

(٣) د . توفيق فرج - المرجع نفسه - فقرة ٢٩٠ .

فردية ، وبالتالي يجب أن يكون الضرر شخصا بالنسبة لهذا الفرد الذي يدمى حصول الضرر ، وبين ما يقع على مصلحة الشخص المعنوي ذاته ، فللنقابة مثلاً ، الحق في المطالبة بالتعويض ، من كسب الأضرار التي تقع على المصلحة الجماعية أو المشتركة للمهنة التي تمثلها . ولا يعد الأمر في مثل هذه الحالة أن تكون مصادد ضرر شخصي يكون للشخص الاعتباري نفسه الحق في المطالبة بالتعويض عنه (١)

ويلاحظ أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يختص بالضرر وحده ، وينقضي بوفاة ، ولا ينتقل إلى ورثته الآن هناك حالتين ينتقل فيها الحق في التعويض إلى الورثة وهما :

١ - إذا كان هناك اتفاق على مبدأ التعويض ومقداره بين المضرور والمسئول ففي هذه الحالة يمتد أثر الاتفاق إلى الورثة نتيجة لامتداد أثر العقد اليهم .

٢ - إذا كان المضرور قد رفع دعوى إلى القضاء لأنه يرفع الدعوى يكون قد عبر عن عدم تنازله عن التعويض عن الضرر ، وقد يقرر المشرع المصري عن هذا المعنى في المادة (٢٢٢) من التقنين المدني ، والتي تنص على أنه : " لا يجوز أن ينتقل إلى الغير الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ، فكان المشرع اعتبر هذا الحق حقاً من نوع خاص لا تثبت له صفة المالكية إلا من وقت مطالبة صاحبه به أمام القضاء أو أقربه المسئول (٢)

(١) د . توفيق فرج - المرجع نفسه - فقرة ٢٩٠ .

(٢) د . عبدالرازق فرج - المرجع نفسه - ص ٦٩ ، د . سليمان مرقس - المسئولية المدنية من تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - ص ١٦٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصرفي حكم لها بتاريخ ١٩٥٢/٥/٣١ : " بأن هذا الحكم مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ التقنين المدني الجديد ، فلا محل لتطبيقه على الحوادث التي وقعت قبل ذلك - مجلس إدارة قضايا الحكومة - العدد الرابع - السنة الأولى - ص ١٩٦ .

وقبل المطالبة به أمام القضاء أو اقرار المسئول به لا يكون له
كيان مالي ولا يوجد في تركته صاحبه عند وفاته (١) .

٤٨ — أما فيما يتعلق بالضرر الأدبي الذي يصيب الآخرين
من وفاة المصاب ، فإن هذا الألم يصيب زوج المصاب وأقاربه السببي
الدرجة الثانية ، ويشمل هذا الزوج والزوجة والوالدين والجديين
والأولاد ، وأولاد الأولاد ، وكذلك الأخوة والأخوات ، فإذا اجتمع
هو لا في ذات الوقت ، فإن القاضي لا يحكم بالتعويض لهم جميعاً
وإنما يحكم لمن أصابه منهم الم حقيقي ، أما الألم الذي ينتج عنه
أصابة أخرى أقل من الوفاة ، فإنه لا يعرض عنه إلا المصاب نفسه
وقد يعرض عنه الوالدان أو الزوج أو كما يقدره القاضي وفقاً لظروف
الدعوى (٢) .

(١) د . عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٧٩ ،
د . أحمد حشمت أبوستيت - المرجع نفسه - فقرة ٤٦٨ ،
د . سليمان مرقس - المرجع نفسه ، وقارن ما نصت عليه
المادة ٢٠٥ من التقنين المدني العراقي : حيث نصت
في فقرتها الثالثة على أنه : " لا ينتقل التعويض عن الضرر
الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق
أو حكم نهائي " ، حيث لم يقتصر الأمر فيها على مجرد
المطالبة به أمام القضاء .

(٢) د . السنهوري - المرجع نفسه - ص ٨٧١ ، محمد كامل
مرسي - المرجع نفسه فقرة ٥٢ ، د . أنور سلطان - المرجع
نفسه - ص ٢٢٨ ، وما بعدها ، د . عبدالمنعم فرج الصدة
المرجع نفسه - فقرة ٤٧٠ ، د . جميل الشرقاوي - المرجع
نفسه - ص ٤٨٦ ، د . نعمان جمعة - المرجع نفسه ص ٥٤ ،
د . سمير تنافو - السابق - ص ٢٤٩ ، وما بعدها ، وهري
الاستاذان بلانيول وريهير : أن انتقال الحق في التعويض
عن الضرر الأدبي إلى ورثة المصاب مثله كمثل التعويض عن
الضرر المادي فإنه ينتقل إليهم ما دام المتضرر لم يتنازل عنه
قبل وفاته ، مشار إليه في د . عبدالرازق حسن فرج - المرجع
السابق - ص ٧٠ ، هامش (١) .

٤٩ - رابعها : أن يكون الضرر مباشرا :

ويجب كذلك في الضرر الأدبي أن يكون مباشرا ، وهذا الشرط يعتبر مظهرا من مظاهر رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، واستلزام أن يكون الضرر مباشرا القصد منه استبعاد دعاوى التعويض ، التي يرفعها أشخاص لحق بهم ضرر ولكنه غير مباشر ، أو بطريق التسلسل ، كما يقال (١) ، فالضرر الذي يجب على المسئول أن يعرضه هو الضرر المباشر ، وهو الضرر الذي تقوم بهينه وبين الفعل الضار علاقة السببية (٢) ، ومن ثم وجب على من يطالب بالتعويض على أساس المسئولية من الضرر الأدبي أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطأ الذي يعزوه الى المسئول على أساس أنه ملتزم باثبات جميع أركان الحق الذي يطالب به (٣) فلا يكفي أن يخطئ المدعى وأن يضر الدائن ، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسئولية ، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسئولية تفرضه بدهاة المنطوق ومقتضيات العدالة (٤) ، وعصب اثبات السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن ، وذلك طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء اثبات ما يدعيه (٥) بينما يخالف في ذلك بعض الفقهاء وقسروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فلا يكلف

(١) د . توفيق فرح - المرجع نفسه - ص ٢٥١ ، فقرة ٢٩١ .

(٢) المرجع السابق ، وراجع : د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه ص ٧٢ فقرة ٣٦ .

(٣) د . جميل الشرقاوي - المرجع نفسه - ص ٤٨٦ ، د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٣٣٥ ، حيث يقرر أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ ، ثم اضاف بقوله : وهو يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن توقيه بهذا جهد معقول .

(٤) د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه .

(٥) المرجع السابق نفسه .

الدائن-بإثباتها ، بل ان المدين هو الذى يكلف بتفويضها ان ادعى أنها غير موجودة (١) ، وقد استند أصحاب هذا الرأى الى المادة (٢١٥) من التقنين المدني ، والتي تقضى بتكليف المدين مسبباً اثبات السبب الاجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ ، وقالوا : بتعميم هذا الحكم ، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥) مدني () والتي استند اليها هذا الرأى ، لا تشير اصلاً الى علاقة السببية بين اخطأ المدين والضرر ، بل هي قاصرة على ركن الخطأ وحده ، فهي اذ تكلف المدين بإثبات السبب الاجنبى الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ ، لا تفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب في الاضرار بالدائن بل تفترض ان عدم التنفيذ-مرجعه فعل المدين ، فهي تفترض الخطأ وليست تفترض السببية بين الخطأ والضرر (٢) .

٥٠ - خامسها : أن لا يكون الضرر الأذى قد سبق

التعويض عن نفسه :

وهذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة ، ذلك أننا طالما نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر حريباً بالتعويض عنه ، فإنه اذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه ، فلا محل للنظر فيه ، وليس من ريب في أنه لا يجوز أن يحصل الضرر على أكثر من تعويض لاصلاح ضرر معينه ، فإذا قام محدث الضرر بما يجنب عليه من تعويض اختاراً ، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا

(١) د . أحمد حشمت أبوستيت - المرجع نفسه - فقرة ٣٦٤ ،
د . السنهورى - الوسيط ج ١ ، فقرة ٥٥ ، وقارن نفس
المرجع - فقرة ٦٢٩ .

(٢) د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه - ص ٧٣ ، د . عبد الحى
حجازى - المرجع نفسه - ص ١٥١ وما بعدها ، د . أنسور
سلطان - فقرة ٣٤٤ .

الصدد ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر، وهذا لا ينفى إمكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض السدى قام به (١) .

ولكن إذا كان المضرور مؤمنا على نفسه ضد ما قد يصيبه من حوادث فتسبب شخص بخطئه في جرحه ، أو كان التأمين على الحياة فقتل المؤمن على حياته ، فقامت شركة التأمين بتعويض الجريح مما أصابه من جرح وبتعويض ورثة القتل فهل مع هذا يمكن للمضرور أن يطالب الفاعل بتعويضه أيضا عما أصابه من ضرر ؟ .

.. في الغالب وفي مثل تلك الحالات يكون مبلغ التأمين السدى تدفعه الشركة أقل كثيرا مما يجب تقديره للضرر ، بما لا يمكن معسره القطع أن المضرور قد حصل على التعويض الكامل عما حدث ، ونسبي تلك الحالة يكون للمضرور أن يطالب محدث الضرر بما لم يشمله مبلغ التأمين (٢) .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص ٣٣٨ - طبعة ١٩٧٩ دار المعارف ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا استحققت مكافأة استثنائية بموجب قانون المعاشات لأرملة وأولاد المستخدم الذي توفي في حسادات فانه يجب خصم هذه المكافأة من مبلغ التعويض ، حكم محكمة النقض المصرية في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ س ١٣ ق قضية رقم ٤٣ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم - المرجع والمكان السابقان ، د . أنور سلطان - مصادر الالتزام - ص ٣٦٠ ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣ م ، د . عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ص ٥٢٩ ، دار النهضة العربية ١٩٨٤ ، د . عبد الحسي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ص ٥١١ ، طبعة ١٩٥٤ م

٥٦ - ومن القواعد التي يقوم عليها تعويض الضرر ، انسه
يجب ألا يزيد مقدار التعويض عن الضرر ، كما لا يجب أن يثسرى
المضروور على حساب المسئول ، ومن ثم فان الفعل الضار اذا ارتكبته
عدة أشخاص فلا يجوز للمضروور أن يحصل منهم الا على ما أصابسه
فعلا من الضرر (١) ، ولو قلنا بجواز الحصول على أكثر من تعويض
من الضرر الواحد لأدى ذلك الى تجاهل تلك القاعدة ، ولهكذا
يجب أن يكون الضرر القائم لم يسبقه تعويض لا من المعتدى ، ولا من
غيره على نحو ما سبق .

(١) راجع : الوسيط للسنيورى - ج ١ - ص ٩٧١ ، وما بعده
د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٥٠٩ .

(المبحث الثاني)

شروط قيام الضرر الأدبي فــــــي
الفقه الاسلامي

٥٢ - من المعروف أن الضرر الأدبي يمثل اخلايا بحق غير مالي من الحقوق التي تتعلق بحفظ مقومات الحياة مما يمسها في وجودها أو شرفها واعتبارها أو معانيها النفسية ، مثال ذلك الضرر الذي يقع على الأم من جراء انتزاع وليدها من حضانتها ، ومصدر الخلل في التصرف الواقع على حقوق الانسان الأدبية ، أنه ينطوى على مخالفة لنصوص الشارع التي تأمر باحترام حقوق الانسان في حياته وشرفه وتنهى عن انتهاك تلك الحقوق بأي مصلك ولو كان بسيرا ، وحتى يتحقق تلك المخالفة لنصوص الشارع الداعية الى احترام الحقوق الأدبية في حياة الانسان ينبغي أن يكون الضرر محققا ، وأن يكسب مباشرة ، وأن يكون شخصا ، ونشير الى هذه الشروط الثلاثة بالتفصيل الذي تقتضيه الدراسة .

٥٣ - أولا : أن يكون الضرر محققا :

يشترط لقيام الضرر الأدبي أن يكون وجوده أمرا محققا ، ويتحقق وجود الضرر حين يتم وقوع الفعل الضار ، وما لم يتم وقوع الفعل الضار لا يكون للضرر وجود لأنه لم يتحقق ، ويترتب على ذلك : ان الضامن اذا اقتصر أمره على مجرد النية السيئة الباعثة على الشروع في الفعل ، فان فعله لا يكون معنى التحقق في الضرر ، اذ هو لا يعدو - وأمره كذلك - أن يكون نوعا من حديث النفس وقد أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن ذلك الفعل عفو لأن الله تجاوز للانسان عما حدثت به نفسه ما لم يعمل به أو يتكلم ، يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل " (١)

(١) صححه الترمذى ، وأخرجه البخارى وأبو داود ، راجع اروا' الفليل - ج ٧ - ص ١٣٩ .

وفي رواية عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ، أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : ان الله سبحانه وتعالى تجاوز عن أمتي ما وسوسست به انفسها ما لم تتكلم به أو تعمل " (١) ، حيث دل هذا الحديث الصحيح على أن الفعل الضار إذا اقتصر أمره على مجرد حديث النفس أو الوسوسة دون أن يصل الى درجة الوقوع بالفعل فلا مؤاخذه عليه ولا ضمان .

ووقوع الفعل الضار على الحق الأدبي يمثل سبب ضمانه ، وقد عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر بأنه الحاق مفسدة بالآخرين ، أو هوكل ايذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته (٢) ، فالضرر الأدبي كالاهاة التي تمس كرامة الانسان ، أو تلحق به سمعة سيئة سواء اكان ذلك بالقول والشتم . أو الضرب والاحراق والاغراق والترويع والتهديد والضرب ، كل هذه الاضرار اذا تحقق وقوعها فانها توجب الضمان (٣) كما يجب الضمان في حالة الالم الجسماني ، ويقدر ما لحق المجرع أو المضروب من ألم (٤) ذلك هو أساس تحقق الضرر ، حيث يجب أن يكون الضرر قد تحقق ووقع بالفعل .

-
- (١) شرح السنة للبغوي - ج ١ - ص ١١١ .
 (٢) راجع : المدخل الفقهي للدكتور مصطفى الزرقا - فقرة ٥٨٦ ، والنظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الاسلامية - للدكتور صبحي محمدي - ج ١ - ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ١٩٤٨ . ونظرية الضمان - للدكتور وهبة الزحيلي - ص ٢٣ وما بعدها .
 (٣) د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٢٤ .
 (٤) المبسوط - للسرخسي - ج ٢٦ - ص ٨١ ، وحاشية ابن عايد على الدر المختار - ج ٥ - ص ٤١٥ ، ومجمع الضمانات - ص ١٧١ .

ووقوع الضرر بالفعل لا يقتصر أمره على ما تسفر عنه آثار التعدي حال وقوعه ولكنه يشمل ما يترتب على هذا الضرر مسسّن تسلسل آثاره ، ليمتثل وجوده نهائيا من خلال استقرار تلك الآثار ، وترتيبها على ذلك قرر الفقهاء بالنسبة لما يتعلق بحقوق الانسان في حماية حياته من وقوع التعدي عليها أمرين :

٥٤ - أولهما : ان حق المجنى عليه في ضمان أثار الجنائية لا يتحدد الا بعد اندمال الجروح حيث يتحدد باندمالها مركزه النهائي ، وذلك لما رواه جابر أنه - صلى الله عليه وسلم - " نهى أن يستفاد من الجراح حتى يبرأ المجسروح " (١) ، ولأن التعدي ينظر الى مآله لاحتمال أن تسرى الجنائية الى النفس فيحدث القتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبر .

٥٥ - ثانيهما : أن ما تسرى اليه الجنائية فيملا دون النفس داخل ضمن الضمان ، لأن السراية من أثار الجنائية ، وبما أن الجنائية مضمونة فكذلك آثارها ، فاذا سرت الجنائية الى النفس وجب ضمانها (٢) ، وان لطمه فذهب ضوء عينيه ،

(١) رواه الدارقطني وأبو بكر بن أبي شعبة مسندا ، ورواه البيهقي وأحمد مرسلا ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني ج ٢ - ص ٢٧ ، ورواه الغليل للألباني - ج ٢ ص ٢٩٩ ، حيث يقرر : " ان الحديث قد أخرجه الطحاوي من طريق مهدي بن جعفر عن منبسة بن سعيد عن الشعبي وقال : هذا اسناد حسن ، رجاله كلهم ثقات معروفون ، وأمره قد روى من طرق يشد بعضها بعضا " .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ٢ ص ٧١٥ ، وهرى الشافعية وجوب القصاص بالسراية لأن له محلا منضبطا . راجع : المذهب للشيرازي - ج ٢ ص ١٨٦ ، ومغني المحتاج ج ٤ ص ٢٩ .

لم يقتض منه لأن المماثلة غير ممكنة ، ويقتل الضمان الى المعسنى الذى أتت عليه الجناية كاملا حيث تجب فيه دية كاملة ، وإذا قُطع الجاني أصبعاً ، فتأكلت أخرى وسقطت ، فإن الثانية تدخل فى الضمان ، ولا يقتض منه لعدم تحقق العمد فيها (١) ومن ثم يكسبون ضمان التعدى داخلا فيه سراية الجناية حيث تدخل فى ضمانها .

٥٦ - ثانيا : أن يكون الضرر مباشرا :

وبشروط لقيام الضرر الأدي أن يكون مباشرا ، ومعنى كون الضرر مباشرا ، أن يحدث التعدى بفعل المسئول ، سواء حصل التلف بفعله مباشرة أم تسببا ، فإذا باشر المسئول الفعل الضار بنفسه دون أن يتخلل بين فعله سبب آخر يرقى لاسناد التلصق اليه ، فإنه يضمن فى هذه الحالة ، وذلك كما لو قام المسئول بالتعدى على المضرور بالضرب أو الجرح أو الترويع أو غطف ولده ، أو قام بقذفه أو سبه ، أو وصفه بما ينال من شرفه واعتباره فإنه فى كل تلك الحالات يكون الضرر قد حدث نتيجة فعل الجاني مباشرة .

وقد عرف الفقهاء المباشر بأنه : " هو الذى يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين التلف وفعله فعل مختار ، والمتسبب هو الذى حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار (٢)

(١) المعنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٢٧ ، ومعنى المحتاج -

ج ٤ - ص ٣٠ ، وبدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٠٧

(٢) راجع فى هذا المعنى : كشف الاسرار على أصول البرزوى -

ج ٢ - ص ١٢٦٩ ، وغزيرىون البصائر - شرح الاشياء والنظائر

ج ١ - ص ١٩٦ ، وقواعد الأحكام - للعز بن عبد السلام -

ج ٢ - ص ١٣١ .

وإذا وجدت المباشرة من المسئول فقد وجب الضمان ،
أما إذا وجد التسبب وحده فإن الضمان لا يجب إلا إذا توافرت
شروط منها (١) :

- ١ - أن يحدث تعدد من فاعل السبب .
- ٢ - أن يتحقق قصد وقوع الضرر من المتسبب بأن يكون متعمدا له
- ٣ - أن يؤدي السبب إلى الضرر قطعاً دون تدخل سبب آخر
حسب العادة ، أو لا يتخلل بين السبب والمسبب فعل
شخص آخر ، ولا نسب الفعل إليه مباشرة ، وقد نصت
على هذا المعنى : المادة (٩٢٤) من مجلة الأحكام
العدلية بقولها : " يشترط التعدد ليكون السبب موجباً
للضمان على ما ذكرنا آنفاً ، يعنى أن ضمان المتسبب للضرر
مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر " (٢) ، كما
نصت المادة (٩٢٥) على أنه : " لو فعل واحد فعلاً يكسبون
سبباً لتلف شيء ، فحل في ذلك الشيء فعل اختياري ، كان
جاء آخر فأتلفه مباشرة . فالضمان على ذلك الفاعل المباشر
صاحب الفعل الاختياري " (٣) ، كما نصت المادة (٩٠) من
المجلة على أنه : " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم
إلى المباشرة " .

(١) د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) راجع : شرح مجلة الأحكام العدلية - لسليم رستم باز - ص ١٤٥
وما بعدها ، وشرح المجلة للشيخ خالد الأناسي - ج ٣ ص
٤٦٤ ، وما بعدها .

(٣) المرجعان السابقان .

٥٧ - تطبيقات المباشرة في الضرر الأدبي :

وقد ضرب الفقهاء أمثلة لشرط المباشرة في الضرر بالترويع ،
أو الافزاع ، والحيلولة .

٥٨ - أ - أما الافزاع والترويع :

فانه لغة : الذعر والاختافة (١) وفي اصطلاح الفقهاء يطلق ويراد به اخافة الانسان على نحو يتحقق منه ضرره ، ومن أمثلته ما اذا أرسل الحاكم الى امرأة حامل يستدعيها الى مجلس القضاء ففزعت وخافت ، وترتب على هذا الفزع اجهاضها أو ذهاب عقلها ، وقد يترتب على التخويف والافزاع القتل احيانا ، وذلك كمن يشهر سيفاً في وجه انسان أو دلاء من مكان شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله ، وكذلك لو صاح انسان بصي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة ، وهو على سطح أو حائط ونحوهما فوق فمات أو ذهب عقله ، وكذلك لو القى على انسان حية ولو كانت ميتة فمات فزعاً ورعباً .

وقد اختلف الفقهاء في مدى ضمان المسئول في حالة التعدي على المضرور بالترويع والافزاع وذلك على قولين :

٥٩ - أولهما : أن الفاعل مسئول وضامن ، وهذا رأى جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ، ولكن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم على الأساس الذي يتقرر الضمان بهوجب

(١) مختار الصحاح - ص ٥٠٢ ، والروع بمعنى الفزع ، فالافزاع والترويع بمعنى واحد ، راجع : مختار الصحاح - ص ٢٦٣ .

نقال المالكة أن الفاعل يكون قاتلا عمدا بالتسبب ، فيجب عليه القصاص
ان كان ما فعله على جهة العداوة ، اما اذا على وجه اللعب والمزاح
أو التأديب فعليه الدية (١) .

وقال الشافعية والحنابلة : ان فعل ما ذكر عمدا فهو شبه
عمد موجب للدية ، والا فهو خطأ لأنه سبب اتلافه (٢) .

٦٠ - وثانيهما : للحنفية : وحاصل قولهم : ان المسئول
لا يضمن في تلك الصور لأن السبب المذكور لا يكفي للضمان ، لأنه
ليس سببا متصلا بالنتيجة قطعاً ، ولكن القول بعدم الضمان عند
الحنفية مشروط بما اذا لم يكن التخويف فجأة ، فان كان فجأة
كالصباح ونحوه على انسان فمات من صيخته ، أو قال له : قع فوقك ،
فهو قاتل له قتلا شبه عمد فتجب الدية (٣) -

٦١ - أدلة القول الأول :

وقد استدل أصحاب القول على ما ذهبوا اليه من ضمان التلف
الحاصل عن طريق الضرر الأدبي بالترويع بالأثر والمعقول .

(١) الشرح الكبير للدردير - ج ٥ - ص ٢١٧ ، وحاشية الدسوقي
عليه - نفس المكان .

(٢) مغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٤ ، والأحكام السلطانية
للماوردى - ص ٢٣٠ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٨٣٢
والمهذب للشيرازى - ج ٢ - ص ١٩٢ ، ونهاية المحتاج - ج ٤
ص ١١١ ، ١٤٨ ، ١٥٣ .

(٣) حاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٥ - ص ٣٩٧ ،
مجمع الضمانات - ص ١٤٨ ، ١٥٣ ، والآلى الدرية نفسى
الفوائد الخيرية ، بهامش جامع الفصولين - ج ٢ - ص ١١٢ ،
الطبعة الأولى .

٦٢ - ١ - أما الأثر :

فيما روى أن عمر - رضي الله عنه - أرسل إلى امرأة مغيبة (غاب عنها زوجها) يدخل عليها رجل ، فدعاها إليه ، فقالت : يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق فزمت فجاءها - الطلق فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحيتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت علي ، فأقبل عليه عمر ، فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم ، فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديتك عليك لأنك أفزعتها ، فالقته ، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك ، أي بني عدى مسن قریش " (١) .

٦٣ - ووجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عمر رضي الله عنه قد ضمن ما ترتب على طلبه للمسرة من ترويعها ، بعد أن استشار أصحابه وأخذ برأي علي وأقسم عليه أن لا يبرح حتى يقسم آثار الضمان على قومه ، فدل ذلك على أن المتسبب ضامن لفعله ، وإذا كان ذلك كذلك ، كان كل ضرر أدبى يترتب عليه الضمان .

(١) إرواء الغليل - ج ٧ - ص ٣٠١ ، وراجع : حاشية ابن

قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٣٦ .

والقاعدة في ذلك : أن ضمان خطأ القاضي في بيت المال أي أن خطأ واجب في بيت مال المسلمين وليس في ماله هو ،

وراجع : المغنى مع الشرح الكبير - لابن قدامة - ج ٩ ص

٥٧٩ ، ومحمد رواس قلعه جي - موسوعة فقه علي بن أبي

طالب - ص ١٨١ ، دار الفكر بدمشق ١٩٨٥ م .

٦٤-٢ - ومن المعقول :

فقالوا : ان الحاكم افزعها فكان سببا في هلاكها ، واذا كان سببا في الضرر فيجب ضمانه (١) ،

٦٥ - دليل اللول الثاني :

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا :
ان عدم الضمان انما هو لعدم تعدى السبب ، لأن فعل الحاكم مباح في الجملة ، واذا لم يكن السبب تعديا لا يكون هناك خطأ ، ومن ثم لا يجب الضمان (٢) .

٦٦ - الرأي الراجح في نظرنا :

والرأي الراجح في نظرنا هو رأي جمهور الفقهاء ، لأن التلف قد حصل بسبب فعل المستول وهذا كاف في الضمان ، كما أن الحنفية متفقون في رأيهم مع الجمهور في حالة ما اذا كان التخويف على وجه المفاجأة ، حيث يكون الفاعل قاتلا للمفزع قتلا شبه عمد يوجب ديتته عندهم ، فكان الاتجاه الغالب لدى الجمهور هو الضمان ، وهو ما نرجحه .

(١) المذهب للشيرازي - المكان السابق ، والأحكام السلطانية للماوردي - المكان السابق ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع - المكان السابق حيث يقول : " وتصورهم لطلب سبب السلطان قد يقتضي اشتراط كون الطالب مرهوبا ، فان كان غير مرهوب فلا ضمان ، ويلحق بالسلطان القاضي ، ومن له سطوة يرهب منه ، وراجع حاشية الروض المربع - مع حاشية ابن قاسم المذكورة - نفس المكان .

(٢) الدر المختار - المكان السابق - ومجمع الضمانات - المكان السابق .

٦٧ - ب - الحيلولة :

والحيلولة لغة : من حال بمعنى الحجز والمنع (١) وهي فصي
اصطلاح الفقهاء تعنى حبس المالك من ملكه والحيلولة دونه حتى تلف ،
أو هي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى يتلف ، وقد اختلف
الفقهاء في أثر هذا المنع على حق المالك على ملكه ، وهو في نظرنا
حق أدبي يختلف عن حق الملكية وهو حق مالي عيني ، وذلك على
قولين :

٦٨ - أولهما : للملكية والحائلة : وحاصل قولهم : أن
الحابس أو الحائل يجب على ضمان فعله إذا ترتب على الحيلولة
هلاك المال .

ودليلهم :

أن فعله سبب في هلاك المال فيضمن (٢) .

٦٩ - وثانيهما : للحنفية والشافعية ، وحاصل قولهم
أنه لا يضمن ، ولكن الحنفية قالوا : أن الحيلولة إذا وقعت بسبب
المالك وماله المنقول ، فإن الحائل يضمن ، وقيد الشافعية بعدم
الضمان بعدم قصد الحائل منعه من المال كالماشية مثلاً (٣) .

(١) مختار الصحاح - ص ١٦٣ ، والمصباح المنير ، مادة : حول
والقاموس المحيط ، فضل الحاء - باب اللام .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ ص ٤٤٣ ، والمغني
لابن قدامة - ج ٥ - ص ٢٢٣ ، ج ٧ - ص ٨٣٤ ، والبهجة
شرح التحفة - ج ٢ ص ٣٤٤ .

(٣) نهاية المحتاج - ج ٤ - ص ١١٢ ، والاشباه والنظائر
للسيوطي - ص ٢٧٨ ، جامع الفصولين - ج ٢ - ص ٨٥ .

ودليلهم :

وقد استدل الحنفية والشافعية لما ذهبوا اليه بالمعقول فقالوا : ان عدم الضمان مؤسس على أن الحائل لم يتصرف في المال ، وانما تصرف في المالك ، فلا يضمن الا اذا قصد منعه عن ملكه ، ووجهة نظر الحنفية في عدم الضمان في حالة ما اذا كان المسال الذي أحيل المالك عنه مقارا ، أى ليس بمنقول بأن الحيلولة دون العقار لا تؤدي في الغالب الى اهلاكه ، لأن ذلك الفعل لا يتعين طريقا لهلاكه ، فلم يصلح ذلك سببا يترتب عليه الضمان (١)

٧٠ - الرأى الراجع لي نظرنا :

والرأى الذى يترجح لدينا هو الرأى الأول الذى قال به المالكية والحنابلة ، لأن أصحاب القول الثانى بما ادخلوه على قولهم من قيود . أصبح قريبا مما قرره أصحاب القول الأول الذى نرجحه ، والواقع أن تعليلهم عدم الضمان بالتصرف في المالك طليل لأنه هو الذى أدى الى تلف المال فيكون سبب الضمان قاطع ، وكذلك أيضا لا محل للتفرقة بين العقار المنقول في الضرر الحاصل من الحيلولة ، لأن العقار قد يتلف أو يخرّب بالحيلولة أكثر من المنقول فالتفرقة في واقع الأمر ليست بذات معنى ، ومن ثم تكون الحيلولة بين المالك وملكه سببا للضمان .

٧١ - شروط تحقق المباشرة في الضرر الأدبي :

يشترط لتحقيق المباشرة في الضرر الأدبي شرطان :
الشرط الأول : أن لا يتخلل سبب أقوى بين الفعل الضار والتلف ، فإذا تخلل بين فعل المسئول الضار سبب آخر

(١) المراجع السابقة .

فلا تتحقق المباشرة ولا يجب الضمان ، ومن أمثلة تخلل الأسباب
القوية ما يلي :

٧٢ - أ - القوة القاهرة :

وتتحقق القوة القاهرة بحصول التلف بقوة لا يستطيع الإنسان
أن يدفعها ، وليس بإمكانه أن يحتجز عنها ، في هذه الحالة تحسول
القوة القاهرة بين تحقق المباشرة في الضرر الأدبي ، لما هو مقسّر
: " أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه " (١) ، ومن أمثلة تلحق
الحالة ما ذكره الفقهاء ، من أنه : " إذا وضع شخص جمرة على طريق
فهبت بها الريح وزالتها عن مكانها فاحترقت شيئاً لا يضمن الواضع ،
وكذلك لو وضع حجراً في الطريق ، فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئاً
لا يضمن الواضع (٢) "

أقول : فإذا تحقق من جراً ما حدث بفعل القوة القاهرة
في حالة الحريق ، أفزع شخص وترويعه فجن أو أصابه تلف نفسي
نفسه فلا ضمان ، وكذلك الأمر في حالة السيل ونحوه .

٧٣ - ب - تدخل خطأ شخص آخر غير المسئول :

ومن الأمثلة التي يمكن أن تفهم مما قرره الفقهاء لعدم
تحقق المباشرة في الضرر الأدبي أن يتدخل خطأ شخص آخر بين
الخطأ الذي وقع من المسئول وبين الضرر ، بحيث يضاف الضرر إلى
هذا السبب المتدخل . فلو أن شخصاً حفر بئراً في الطريق ، فألقى

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية - للشيخ محمود حمزة
الحسيني ، المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ - ص ٦٢ - دمشق ١٢٩٨ هـ
مطبعة حبيب أفندي خالد .

(٢) تبين الحقائق للزليعي - ج ٦ - ص ١٤٣ ، وشرح فتوح
العزيم مع الوجيز بها مش المجموع للنووي - ج ١١ - ص ٢٤٣ .

رجل نفسه فيها متعمدا أو القاء آخر فلا ضمان على الحاضر (١) ، ولو ألقى شخصا من شاهق جبل فتلقاء آخر فقد ، فالضمان على القاد (٢) . ومن أوردى غيره في بشر فالضمان على المردى وحده دون الحافس ، لأن الأول مباشر ، والثاني متسبب والمباشر مقدم في الضمان ، ولو فتح أحد قفص طائر فجاء آخر ونفسه ، فالضمان على المنفر ، لأن سببه أقوى من فعل فاتح القفص فاختص به الضمان (٣) .

أقول : ولو أن الضرر قد فزع من جراح الخطأ المتدخل ، فإن الضرر الأدبي الحاصل من ذلك يكون على هذا الخطأ المتدخل .

٢٤ - ج - قطع تسلسل الضرر بسبب آخر :

وتسلسل الضرر معناه ، أن الأذى الحاصل من فعل المسئول لم يقف عند حد معين ، ولكن ترتب عليه سلسلة من الاضرار اللاحقة ، وقد قرر الفقهاء أنه : إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر فأكثر ، فإنه يسأل من كل الاضرار إذا كان لفعله أثر فلهيها . أما ان انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فإنه لا يضمن (٤) .

وقد مثل الفقهاء للحالة الأولى بما لو ألقى رجل قشرا فسي الطريق فزلقت به قدم رجل فكسرت ، ثم تسلسل الضرر بأن سسرى

-
- (١) مجمع الضمانات - ص ١٢٨ وما بعدها .
 - (٢) الأشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٤٥ .
 - (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ - ص ٤٤٤ ، ومنار السبيل - ج ١ - ص ٤٣٧ ، منتهى الارادات - ج ١ - ص ٥٢١ .
 - (٤) المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت - ص ٢٦ مطبعة الأزهر .

الألم الى موضع آخر وادى الى وفاة المضرور فان الفاعل يضمن (١) ، ولو ضرب رجلا فسقط المضروب مغشيا عليه وسقط على طفل فقتله فانفسه يضمن الضرر الواقع على الطفل لأنه يسببه (٢) ، ولم يتدخل سبب آخر يمكن أن يضاف التلف اليه .

ولكن الحالة التي هي محل الشاهد في المسألة ، تتمثل في حالة ما اذا تدخل سبب فاصل بين التسبب والضرر الثاني فمما يليه ، وذلك كما لو حفر رجل بئرا في الطريق فجاء رجل وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر ، وتعلق الثاني بآخر ووقعوا جميعا وماتوا فاذا لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع بعضهم على بعض ، فدية الأول تكون على الحافر ، لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر ، ودية الثانية تكون على الواقع الأول ، لأن الأول هو الذي دفعه ، حيث جره الى نفسه ، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى ، واذا كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهم ففي مقتضى القياس وهو قول محمد دية الأول تكون على عاقلة الحافر ، ودية الثاني على عاقلة الأول ، ودية الثالث على عاقلة الثاني وهكذا (٣)

وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بالافضاء ، ومعناه : أن يكون الفعل موصلا الى نتيجة لا تتخلف عنه الا اذا انتفت الموانع ويكون ذلك اما بالسبب وهو ما يكون طريقا الى الحكم من غير تأثير ، واما بالعلة ، وهي ما شرع الحكم عنده تحميلا للمصلحة ، كما عرفت

-
- (١) مجمع الضمانات - ص ١٥٣ ، وحاشية الروض المربع مع حاشية ابن قاسم - ج ٧ - ص ٢٢٦ ، وبدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٢٧٥ ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٨ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٥٥ .
- (٢) جامع الفصولين - ج ٢ - ص ١١٥ .
- (٣) مجمع الضمانات - السابق - ص ١٨٠ ، والكافي - ج ٤ - ص ٦٨ وما بعدها - المكتب الاسلامي .

العلة بأنها : وصف ظاهر منضبط دل السمع على كونه معرفاً لحكم شرعي (١) .

٧٥ - الشرط الثاني : أن ينتفى خطأ الضرور :

ويشترط حتى يكون الضرر مباشراً أن ينتفى خطأ الضرور، فلو أن الضرور قد أدى بخطأه إلى النتيجة التي حلت به ، فإنه لا تتحقق المباشرة بين الفعل الضار الصادر من المسئول وبين النتيجة الضارة ، ويكون الضرور المخطئ مسئولاً عما أصابه ، وهذا الحكم واضح في حالة التعدي على حق الحياة ، كما هو واضح في حالة التعدي على الشرف والاعتبار .

٧٦ - أ - أما في حالة التعدي على حق الحياة :

فقد مثل الفقهاء لذلك بما إذا تعمد رجل أن يهزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق أو يلقى بنفسه في حفرة احتفرها رجل فيه ، فلا يكون هنا ضمان على الواضع والحافر لأنها متسببان وفعل العاقد مباشر ، وطريان المباشرة على التسبب ينسخه (٢) ، وكذلك لو قدم إلى آخر ولو كان صبياً سكيناً فوجأ بها نفسه ، فقتلها لا يضمن الدافع لتخلل فعل الفاعل المختار (٣) ، وكذلك لو ضرب دابة فيره فنفحته فمات قدمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه ،

-
- (١) التلويح شرح التوضيح - لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٣٧ .
(٢) المبسوط - للسرخسي - ج ٢٧ - ص ٥ ، ومجمع الضمانات ص ١٢٠ .
(٣) التلويح على التوضيح - السابق - ص ١٣٨ .

ولا يضمن صاحب الدابة ما حصل له من ضرر مادي أو أدبي (١).

٧٧ - ب - وفي حالة التعدي على الشرف :

فإن حدوث خطأ من المعتدي عليه ، يهدر ما وقع عليه من ضرر يمس شرفه واعتباره وينال من سمعته بين الناس ، ويمكن أن يمثل لذلك بحالة ما إذا كان خطأ المضرور هو المماثلة وعدم أداء الحقوق الواجبة عليه مع قدرته على الوفاء ، فلو أن صاحب الحق نال من عرضه وشرفه بما يظهره أمام الناس على أنه مماطل لا يؤدي ما عليه من حقوق لا يكون في تلك الحالة مخطئاً ، ودليل ذلك ، ما روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته " (٢) ، حيث دل الحديث الشريف على أن لسي القادر على الوفاء يمثل ظلماً ، وهذا الظلم يمثل خطأ ، وهذا الخطأ يترتب عليه حل عرضه ، فلو أن صاحب الحق عنفه ، أو غلظ لـ القبول بما ينال من هيئته ووقاره ، أو أن يشكو منه بما يظهره أمام الناس والقاضي مماطلا أكالا لحقوق الناس ، فلا يمكن تخريج هذا الفعل على أنه سبب موجب للضمان (٣) ، حتى ولو وصل الأمر إلى حد رمية بالفسق ، لأن الفقهاء مختلفون في المدين القادر على الوفاء إذا ماطل ، هل يبلغ بالمماثلة حد الكبيرة فيفسق وتترد

(١) التوضيح - السابق - نفس المكان ، ومجمع الأنهر - ج ٢ ص

٦٣٥ ، والمبسوط للسرخسي - ج ٢٧ - ص ٢ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٣٩٠ ، ومجمع الضمانات - ص ١٤٤ ، وجامع الفصولين - ج ٢ - ص ١١٧ .

(٢) علقه البخاري في صحيحه ، وصححه ابن حبان وحسنه الحافظ

في الفتح - راجع : صحيح البخاري - ج ٣ - ص ٢٣٨ ، وفتح الباري - ج ٥ - ص ٦٢ ، ونيل الأوطار للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٧١ .

(٣) راجع في هذا المعنى : عون المعبود - ج ١٠ - ص ٥٦ ، وسنن ابن ماجه - ج ٢ - ص ٨١١ ، وسنن البيهقي - ج ٦ - ص ٥١ وسبل السلام - ج ٣ - ص ٥٥٠ .

شهادته مرة واحدة أم لا ؟ قال : الصنعاني : ذهب الى ذلك المالكية والشافعية (١) ، وعلى هذا لا يضمن الرامي له بالفسق لأنه قد اخطأ والمخطئ لا ينبغي أن يستفيد من خطأه .

٢٨ - ثالثاً - أن يكون الضرر شخصياً :

ويشترط لكي يكون الضرر الأدبي موجبا للضمان ان يكون ماسا بشرف المعتدى عليه واعتباره على نحو ينال منه بصفة شخصية ، وقد عبر الفقهاء عن هذا الشرط فيما وضعوه من شروط تتعلق بأسلوب القذف ، وشروط تتعلق بشخص المقدوف .

أما الشروط التي تتعلق بأسلوب القذف فيبدو مما ذكره أنه يجب أن تكون واضحة الدلالة في النيل من المصلحة المقصودة بالحماية ، وهي شرف الانسان واعتباره ، والنيل مما ينبغي أن يتقرر له من احترام وكرامة . اثبتها الله لهنى آدم على وجه العموم ، كسأن يقذفه بصريح الزنا ، أو ما يجري مجرى الصريح كنفى النسب ، مثل أن يقول : امك زانية ، أو لست باهين فلان ، أو هو ليس بأبيك

(١) سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٥٦ ، وقد قسّر الفقهاء ترتيباً على ذلك أنه يشترط لأقامة حد القذف أن يكون المقدوف محصناً رجلاً كان أم امرأة ، أى عاقلاً بالغاً حراً عفيفاً من الزنى . فإذا تخلف شرط فلا يجنب الحد ولا الضمان ، راجع : المبسوط - للسرخسي - ج ٩ - ص ١١٦ ، حاشية ابن عابد بن علي الدر المختار ج ٣ - ص ١٨٤ ، والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٢ ، وما بعدها ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ، ص ٣٢٥ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٢٧ ، وما بعدها .

أو أنت زان وهكذا (١) ، ويلاحظ أن الرمي في الحالة الأولى مسلط على أبيه أو أمه ، ولكنه ماس به ، وفي الحالة الثانية ، فيه نسبة الزنا إليه ، فيكون ماسا به أيضا على نحو مباشر ويكون ضرره شخصا ، فليسوا لم يكن القذف صريحا في افادة الضرر على نحو واضح ، فلا يكون موجبا للحد ، كما لو قال لامرأة : زنا في الجبل (٢) ، فليس بقذف من غير نية ، لأن الزنا هو الصعود في الجبل ، فان قال له : زنا في الجبل : يحد بالاتفاق ، لأن على تفيد الاستقرار على الجبل ولا تدل على الصعود (٣) ، ولو قال للمضروب : يا ابن الفحبة لم يكن قاذفا ، لأن هذا الاسم ، كما يطلق على الزانية ، يستعمل في المهياة للزنا وان لم تنز ، فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ، لكن هذا مشروط بعدم سريان عرف الناس وعاداتهم ، والا فان العرف اذا سرى بذلك يجب الضمان (٤) .

٢٩ — القذف بطريق التعريض :

وقد أثير بحد اشتراط كون الضرر شخصا ، أمر التعريض بالقذف ، وهل يصلح أن يكون سببا لاقامة موجه وهو الحد؟ ، والتعريض لغة : ضد التصريح ، يقال عرض لفلان وبقلان ، اذا قال قولا وهو يعنيه ، ومنه المعارض في الكلام وهو التورية بالشئ " من الشئ " (٥) .

- (١) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٤٢ ، تبين الحقائق للزيلعي - ج ٣ - ص ١٩٩ .
- (٢) الزنا : هو الصعود الى الجبل .
- (٣) المهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٣ .
- (٤) في هذا المعنى : د . وهبه الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته ج ٦ - ص ٧٣ - دار الفكر .
- (٥) مختار الصحاح - ص ٤٢٥ .

وفي اصطلاح الفقهاء : يطلق التعريض على ما يقابل الصريح في القذف ، مثل أن يقول لمن يخاصمه : ما أنت بزان ، أو ما يعرفك الناس بالزنا ، أو ما حلال باين الحلال ، أو ما أنا بزان ، ولا أمسى بزانية ، ولا أبى بزان ، وقد اختلف الفقهاء في التعريض بما ينال من شرف الانسان وكرامته وسمعته ، هل يستوجب الضمان أم لا ؟ ٦ وذلك على قولين :

٨٠ - أولهما : للحنفية وقول للامام أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، واختار ابي بكر :

حيث ذهب أصحاب هذا القول الى أن التعريض بالزنا لا يوجب الحد وأن نوى به القذف ، وكذلك لا يحد بالالفـاظ المشتركة بين الزنا وغيره أو بما يدل صراحة على وطء غير الزنا ، مثل أن يقول لامرأة : وطئك فلان وطأ حراما ، أو فجربك فلان ، أو يقول لرجل : وطئت فلانة حراما أو جامعتها حراما ، فلا يحد إذ قد يكون الوطء حراما ولا يكون زنا ، فكان قذفه محتملا ، ولا يوجب الحد مع الاحتمال ، ومثل أن يقول له : يا لوطى ، لأن في هذا القول نسبة الى قسوم لوط فقط فهو محتمل في الرمي باللوطية وعدمه ولا يوجب الحد بالاحتمال (١) .

٨١ - ثانيهما : لفقهاء المالكية والشافعية ورواية من الامام

أحمد :

وحاصل هذا القول أن التعريض بالقذف يوجب الحد ، ولكن القائلين بهذا الرأي اختلفوا فيما بينهم في الشروط التي يتحقق

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام - ج ٤ - ص ١٩١ ، وبداية الصنائع - ج ٢ - ص ٤٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٣ - ص

وجوب الحد ، فقال المالكية : ان التعريض يوجب الحد ان افهم
تعريضه القذف بالزنا مع وجود القرائن كالخصام والعداوة (١) فاذا
لم يفهم التعريض لا يوجب الحد .

وقال الشافعية ان نوى به القذف وفسره به وجب الحد ، وان لم
ينو به القذف وغيره ، والحدود تدرك بالشبهات ، وذلك مثل ان يقول
للمقذوف : يا فاجر يا خبيث ، يا حلال يا بن الحلال (٢) ، وقصد
روى الأثرم وغيره عن أحمد ان عليه الحد وروى ذلك عن عمر رضي الله
عنه ، وبه قال اسحاق ، ولكل قول أدلته .

٨٢ - أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالسنة والمعقول :
أما السنة :

١ - فيما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رجلاً
قال : يا رسول الله ، ان امرأتى ولدت غلاماً أسود
قال : هل لك من اهل ؟ قال : نعم ، قال : فما
الوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من
أورق (٣) قال نعم ، قال : فاني ذلك ؟ قال :
لعله نزعه هرق ، قال : فلعل ابنك هذا نزعه هرق (٤) ،

-
- (١) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٣٢ ، حاشية الدسوقي على
الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢٧ ، المنتقى على الموطأ للباجي -
ج ٧ - ص ١٥٠ .
(٢) المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٣ .
(٣) الأورق ، على وزن أحمر : هو الذي في لونه سواد ليس بحالك .
(٤) متفق عليه ، وفي رواية لمسلم : وهو يعرض بنفبه ، وقال فسي
آخره ، ولم يرخص له في الانتفا منه . سبيل السلام للصنعاني
- ج ٣ - ص ٣٦٢ .

٨٣ — وجه الدلالة في هذا الحديث :

ان هذا القول من الرجل ينطوي على تعريض يرمى زوجته بالزنا ، فهو تعريض يرمى زوجته بالزنا، أو هو تعريض بالزنا، ومع ذلك فلم يلزمه النبي - صلى الله عليه وسلم - بحد أو غيره ، فدل هذا على أن التعريض بما ينال من الشرف والاعتبار لا ضمان فيه (١) ،

ب — فيما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " ادفعوا الحدود ما وجدت لها مدفعاً " أخرجه ابن ماجه بأسناد ضعيف ، وأخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم " ، وهو ضعيف أيضاً ورواه البيهقي عن علي من قوله بلفظ : ادروا الحدود بالشبهات " (٢) .

٨٤ — وجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دل على أن الحد يدفع بالشبهة قدر المستطاع ، والتعريض بالقذف يحتمل معناه كما يحتمل معنى غيره ، وهذا الاحتمال يورث شبهة ، والحدود تدرك بالشبهة كما جاء في الحديث (٣)

(١) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٢٢ ، وسبل السلام للصنعاني

ج ٣ - ص ٣٦٢ .

(٢) سبل السلام للصنعاني - ج ٤ - ص ٣٠ - وما بعدها .

(٣) المبسوط للسرخسي - ج ٩ - ص ١٢٠ ، وفتح القدير - ج ٤ -

ص ١٩١ .

٨٥ - ومن المعقول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه بالمعقول

من عدة وجوه :

الأول : أن التعريض بالقذف أمره خفيف الأذى فلا يوجب الحد .

الثاني : أن الله قد فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها ، فأباح التعريض بالخطبة إذا جاء ذلك التعريض في العدة ، وحرّم التصريح ، فكذلك في القذف (١)

الثالث : أن التعريض بالقذف فيه احتمال القذف ، والحد لا يجب بالاحتمال (٢) .

٨٦ - أدلة القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني ، لما ذهبوا اليه بالآثار والمعقول :

أما الآثار :

١ - ما رواه الأثرم وغيره من أحمد ، أن عمر - رضي الله عنه - حين شاورهم في الذي قال لصاحبه : ما أبي بزان ، ولا أمسي بزانة ، فقالوا : قد مدح أباه وأمه ، فقال عمر : قد عرض بصاحبه ، فجلده الحد (٣)

(١) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٢٢ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي - ج ٣ - ص ٢٠٠ .

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ - ج ٢ - ص ٨٢٩ ، وما بعدهما ، والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره . راجع : سنن الدارقطني - ج ٣ - ص ٢٩ .

٨٧ - وجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عمر - رضي الله عنه - قد أقام الحد على من عرض بالزنا ، وهو دال على المطلوب .

ب - وبما رواه الأثر : أن عثمان جلد رجلا قال لآخر : يا ابن شامة الوزر (يعرض له بزنى أمه) . والوزر قدر اللحم ، يعرض له بكمر الرجال (١) .

٨٨ - وجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عثمان رضي الله عنه ، قد أقام الحد على من عرض بالزنا ، فدل ذلك على أن التعريض بالزنا موجب له (٢)

٨٩ - ومن المعقول :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول ، وذلك من وجوه :

(١) أخرجه الدارقطني - راجع : سنن الدارقطني - المكان السابق وقال العلامة الألباني : ضعيف ، أخرجه الدارقطني مسن طريق خالد بن أيوب عن معاوية بن قرة ، وهذا إسناد واه ، خالد هذا ، وقال ابن معين : لا شيء ، يعني ليس بثقة وقال أبو حاتم : هو مجهول منكر الحديث ، راجع : أروا الغليل - ج ٨ - ص ٤٠ .

(٢) في هذا المعنى : المغنى لابن قدامة - ج ١٢ - ص ٣٩٣ ، تحقيق الدكتورين : عبدالله التركي ، و عبدالفتاح الحلسو .

الأول : قال المالكية : التعريض بالزنا كناية منه ،
والكناية قد تقوم في العادة والاستعمال مقام الصريح ، وأن كسبان
اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه أي مقولا بالاستعارة ، وهذا
معنى قول الأديب : الكناية أبلغ من الصريح ، بدليل فعل مـ
رضي الله عنه من السابق (١)

الثاني : وقال الشافعية : التعريض أن نوى به القذف
وفسره به يوجب الحد ، فهو بمنزلة الكناية ، والكناية توجب الحد
لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة تكون الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح
نظير ذلك الطلاق والعتاق ، فإذا لم ينو القذف فلا يوجب الحد
سواء كان التعريض في حال الخصومة أم غيرها ، لأنه يحتمل القذف
وفيه ، والحدود تدرا بالشبهات (٢).

الثالث : وقال الحنابلة : إن الكناية مع القرينة الصارفة
إلى واحد محتملاتها كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى ، ولذلك
وقع الطلاق بالكناية ، فإن لم يكن ذلك في حال الخصومة ، ولا وجدت
قرينة تصرف إلى القذف فلا شك في أنه لا يكون قذفاً (٣).

٩. - مناقشة أدلة القول الأول :

وقد وردت على أدلة القول الأول مناقشات من عدة وجوه :

-
- (١) بداية المجتهد - نفس المكان السابق ، المنتقى على الموطأ
نفس المكان ، والقوانين الفقهية - ص ٣٥٧ .
 - (٢) المهذب للشيرازي - المكان السابق .
 - (٣) المغنى لابن قدامة - السابق - نفس المكان .

الأول : أن حديث أبي هريرة الأول ليس فيه ما يدل على عدم إقامة الحد بالتعريض بالقذف لأنه على جهة السؤال للنبي صلى الله عليه وسلم - والتعريض إذا كان على جهة السؤال . لا حد فيه ، وإنما يجب الحد في التعريض إذا كان على جهة المواجهة والمشاتمة (١) .

.. كما أن هناك فرقا بين الزوج والأجنبي في التعريض ، إذا أن الأجنبي يقصد الاذية المحضة ، والزوج لا يقصدها ، فاختلفا ، كما أن الزوج معذور بالنسبة الى صيانة النسب ، فلا يعذر فسيره ، إذا عرض بالقذف (٢) .

الثاني : أما حديث : ادفعوا الحدود ما استطعتم ، فقد أخرجه ابن ماجه بأسناد ضعيف ، كما أخرجه الترمذى والحاكم من حديث عائشة بلفظ : ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، وهو ضعيف أيضا ، وأما رواية على - رضي الله عنه - ، فإن فيها المختار بين نافع وهو منكر الحديث ، قاله البخارى ، وإذا كان أمره كذلك كان ضعيفا والضعيف لا تقوم به حجة ، وقد نقل ابن حزم عن الظاهرية انكار العمل به (٣) ، على أن الحديث قد روى بعده روايات أخرى موقوفة . يصح بعضها بعضها ، وهي تعاضد المرفوع وتدل على أن له أصلا في الجملة ، وقد قرر صاحب مرقاة المفاتيح على مشكاة المصابيح : أن الأمة قد تلقت هذا الحديث بالقبول ، حتى قال بعض الفقهاء : إنه متفق عليه ، ويقصد : على العمل به ، ومن ثم كان له أصل في الجملة ، وإذا وقع ذلك فإن ما يدل عليه : أنه يجب أن تدفع الشبهة التي يجوز وقوعها كدعوى الاكراه ، أو أن المرأة

(١) سبل السلام للمنعماني - ج ٣ - ص ٣٦٢ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) المرجع السابق - ج ٤ - ص ٣١ .

قد انتهت وهي نائمة ، فيقبل قولها ولا تكلف البينة على ما زعمت—هـ ،
وليس من ضمن ما يدفع بمقتضاها أن يترتب على تطبيقه تعطيل الحدود
بدليل ما ورد في رواية علي : ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود
وهي من تمامه ، ومن ثم فإنه لا يرقى لأن يدفع المسئولية عن القاذف
بالتعريض اقتضا ، تنقيد بالشبهة التي يجوز وقوعها ، وعدم تعطيل
الحدود كما جاء في تمام رواية علي (١) .

الثالث : أن ما قرروه من أن التعريض بالقذف أمره خفيف
الأذي فلا يوجب الحد ، مردود بالواقع ، فالتعريض بالقذف قسـد
يكون أشد أهلاً ما وثقلا من شرف المقتدوف من التصريح ، كما أن قياس
التعريض بالقذف على التعريض بالخطبة في الجواز قياس مع الفارق ، لأن
التعريض بالخطبة مشروع في الجملة ، وأما القذف فإنه مجرد عن الإباحة
تصريحا وتعريضا فافترقا ، وقولهم : أن التعريض بالقذف ، يعتبر
قذفا محتمل مردود بأن الضرر الواقع لا يقل أهلا عما عن القذف الصريح
ومن ثم صار أثره مؤكدا لا محتملا ، وإذا كان كذلك كان أهلا به
للضمان والحد أمرا مؤكدا .

٩١ — مناقشة أدلة القول الثاني :

وأما أدلة القول الثاني فإن ما يمكن أن تناقش به ، ما أخذ
على أثر عثمان - رضي الله عنه - من أن الدارقطني قد أخرجه من
طريق خالد بن أيوب من معاوية بن قرة ، وأن أسناده واه لذلك .
وما ذكره العلامة الألباني : من أنه اثر ضعيف .

أقول : لعل في حديث عمر - رضي الله عنه - ما يجبر
ضعفه وبعضه حكمه ، ففي دلالة على الحكم ما يكفي .

(١) في هذا المعنى : المرجع والمكان السابقان .

٩٢ - الرأي الراجح في نظريتنا :

وعلى ضوء النظر في أدلة كل قول يترجح لدينا القول الثاني للاعتبارات السابقة ، ولأن العمل به يتواءم مع ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من حفظ الأعراض والحرم على عدم النيل من شرف الإنسان وكرامته .

٩٣ - القذف الموجه إلى جماعة :

ومن المسائل التي تتصل بشرط أن يكون الضرر شخصياً ، ما إذا كان المجرى عليه في جريمة التعدي على الشرف والاعتبار جماعة ، وذلك كما في حالة قذف الجماعة ، فهل يكون الضرر في تلك الحالة شخصياً يستوجب المسئولية والعقاب ؟ ، اتفقت كلمة الفقهاء على أن القذف الموجه للجماعة يستوجب العقاب ، ولكنهم اختلفوا ، هل يتكرر الحد بتكرر عدد الجماعة أم يجرى فيه حد واحد ، ذلك بعد اتفاقهم على العقاب في الجملة ، وذلك على قولين :

أولهما : للحنفية والمالكية : وحاصل قولهما أنه إذا قذف

شخص جماعة ، فإنه يحد حداً واحداً ، ووافقهم الحنابلة في حالة ما إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة وطالبوا جميعاً أو طالب واحد منهم ، فإن قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد ، هذا (١) .

(١) المبسوط للسرخسي - ج ٩ - ص ١١١ ، وبداية الصنائع - ج ٧ - ص ٤٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢٧ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣٣ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٣٣ .

وثانيهما : للشافعية وزفر من الحنفية ، وحاصل قولهما :
أنه إذا قذف شخص جماعة فإنه يجب لكل واحد منهم حد ، سواء
كان القذف لكل واحد منهم على أفراد أم بكلمة واحدة (١) ولسلك
قول أدلتبه :

٩٤ - أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه من الكتساب
والسنة والمعقول :

أما الكتاب :

فيقول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا
وأولئك هم الفاسقون " (٢) .

٩٥ - ووجه الدلالة في هذا القول الكريم :

أن الله تبارك وتعالى قد أمر بجلد من يرمي المحصنات ثمانين
جلدة ، وقد قرر الفقهاء أن إضافة الحكم إلى أمر مشتق يدل على
علية ما منه الاشتقاق ، ففعله الجلد في الآية الكريمة ، هي الرمي
وقد جاء الرمي مطلقا لم يفرق بين رمي الواحد أو الجماعة ، فيجب
حد واحد في الحالتين ، لأنه هو المتأكد فيهما .

(١) المذهب - للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٥ .

(٢) سورة النور - آية ٤ .

ومن السنة النبوية :

ما روى أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحمان ،
فرفع الأمر إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - : " فلاعن بينهما ،
ولم يحد هلالا لرميه شريك بن سحمان " (١)

٩٦ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحد هلالا لقذفه
شريكا ، ولو كان الحد يتعدد بتعدد المقتضين لحد النبي -
صلى الله عليه وسلم - لشريك ، أما حد امرأته فقد سقط باللعان
فعدم إقامة النبي - صلى الله عليه وسلم - الحد على هلال يدل على
أن الواجب في رمي الجماعة حد واحد ، وقد سقط هذا باللعان (٢) .

٩٧ - ومن المعقول :

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بالمعقول
من وجهين :

الأول : قالوا : أن القذف جنابة توجب حدا ، فإذا
تكرر كفى حد واحد وذلك كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء (٣) .

- (١) أخرجه أبو يعلى من حديث أنس بن مالك ورجاله ثقة ، كما
أخرجه البخاري عن ابن عباس ، راجع : سبل السلام
للصنعاني - ج ٤ - ص ١٦ ، ونصب الرأية - ج ٣ - ص ٣٠٦
- (٢) المبسوط - للسرخسي - ج ٩ - ص ١١١ ، وحاشية
الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢٧ ، وبدائية
المجتهد - ج ٢ - ص ٤٣٣ .
- (٣) المبسوط للسرخسي - نفس المكان ، بدائع الصنائع -
للکاساني - ج ٧ - ص ٤٢ ، والقوانين الفقهية - ص ٣٥٨ .

الثاني : أن الواقع من الرأى قذف واحد فلم يوجب الا حدا
واذا كان أمره كذلك فلا يجب تكرار الحد بقذف الجماعة .

٩٨ - أدلة القول الثاني :

وقد استدلل أصحاب القول الثاني ، لما ذهبوا اليه بالمعقول
وذلك من وجهين :

الأول : أن قذف الجماعة قد الحق العار بقذف كل واحد
منهم ، فلزمه لكل واحد منهم حد ، كما لو افرد كل واحد منهم
بالقذف (١) .

الثاني : أن القذف من حقوق الآدميين ، وحقوق الآدميين
لا تتداخل ، أى لا يجزى بعضها عن بعض ، وذلك كالدبسون
والقصاص ، ومن لوازم ذلك أن يتكرر الحد بقذف الجماعة (٢) .

٩٩ - الرأى الراجح في نظرنا :

والرأى الراجح في نظرنا هو القول الأول ، وذلك لأمرين :
أولهما : وضح وجه الدلالة من القرآن الكريم والسنة
النبوية على ما ذهب اليه أصحاب هذا القول ، فالأمر بما جلد

(١) المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٥ .

(٢) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٣٣ ، وما بعدها .

في الآية الكريمة قد انبط الى مطلق الرمي ، والمطلق قطعاً على
الدلالة في الأقل ظني الدلالة في الأكثر ، والحكم لا يناط بأمر
ظني فوجب الأقل وهو حد واحد .

ثانيهما : أن القذف من حقوق الآدميين ، والأصل فيها عدم التداخل ، لكنه لم يخلص للآدمي لأن فيه حقاً لله تعالى ، وهذا ما يوجب جانب العقاب فيه ، ونظراً لأنه يغلب فيه جانب العقوبة ، والردع يحد واحد فيها كاف ، ومن ثم يتعين الاقتصار عليه ، والعار الذي لحق كل واحد منهم عار متجزئ بقدر عددهم ، فوجب أن يتجزأ لازمه وهو العقاب لذلك . ومن ثم يترجح في نظرنا من ذهب إليه أصحاب القول الأول لذلك .

البيان الثاني

تطبيقات الضرر الأدبي في
الفقهين الاسلامي والوطني

١٠٠ - والمجالات التي يقع فيها الضرر الأدبي كثيرة ومتعددة بتعدد أنشطة الحياة وسلوكياتها ، ومدى الموازنة بين تلك السلوكيات وما يحكمها من تقاليد ونظم ، لكن هذه المجالات الكثيرة والمتعددة لا تتأبى عن التأصيل الذي يضع المبادئ العامة لهذه الأنواع المتعددة للضرر الأدبي ، والتي تتعدد بتعدد سلوكيات الحياة وقيمها .

ويمكن ارجاع هذه الأضرار وتأصيلها في أربعة فصول :

الفصل الأول : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان نفسي سلامة جسده .

الفصل الثاني : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته .

الفصل الثالث : الضرر الأدبي الواقع على مشاعر الانسان .

الفصل الرابع : الضرر الأدبي الناشئ عن مجرد التعدي على حق ثابت للانسان .

الفصل الأول

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة جسده

وفيهِ مبحثان :

المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان
في سلامة جسده في نكح القانون .

المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان
في سلامة جسده في الفقه الاسلامي .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة
جسده في فقه القانونــــــــــــــــون

١٠١ — ومن الأضرار الأدبية ما يصيب حق الانسان في سلامته
حياته (١) ، أو تكامله الجسدي ، وذلك بالضرب والجروح التي
تحدث به من جراء التعدي عليه ، وكذلك أيضا ما يحدث به من
الطف الذي يصيبه ، وما ينجم من ذلك من ألم ، وما قد يعقبه من
تشوهات في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ، وهذه
الأضرار ابتداءً قد تكون ضرراً مادياً إذا تمخضت عنه ، وذلك كما لو
تسببت الإصابة أو الجرح في اتفاق مال على علاجها ، أو أسفرت عن
نقص في القدرة على الكسب المادي ، هنا يمكن تصنيف الضرر المادي
ضرراً مادياً ، لكن الضرر إذا وقف عند حد الإصابة دون اتفاق أو نقص
يؤثر على الكسب المادي يكون ضرراً أدبياً (٢) ، فالضرر الأدبي

(١) د. السنهوري - المرجع نفسه ، د. محمد لبیب شنب - موجز
في المصادر اغير الادارية للالتزام - ص ٢٣ - دار النهضة
العربية ببيروت سنة ١٩٦٩ م ، د. محمد كامل مرسي. فسي
الالتزام - ج ٢ فقرة ٥١ ، طبعة ١٩٥٥ ، د. أنور سلطان -
مصادر الالتزام - ص ٥٢٥ ، طبعة ١٩٦٢ م ، د. جميل
الشرقاوي - في النظرية العامة للالتزام - ص ٨٥ ، طبعة
١٩٨١ م ، د. سمير تناغو - المبادئ الأساسية في نظرية
الالتزام - ص ٢٤٩ - طبعة ١٩٧٠ م .

(٢) في هذا المعنى : د. عبدالرزاق السنهوري - المرجع نفسه .
د. أحمد حشمت أبوستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني
الجديد ، فقرة ٦٧ وما بعدها - مطبعة مصر سنة ١٩٥٤ م ،
د. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٢٥ .

المتعل في الآلام الجسدية والنفسية التي عاناها المضرور من جـراً^١ الإصابة ، لا يتضمن الا خسارة بعض القيم غير المالية كالسعادة والتخلص من الآلام والجمال ومتاع الحياة ، كما يضاف الى ذلك فقد الامكانيات غير الظاهرة لدى المضرور اذا كان طفلاً أو شاباً (١) وهو ما يتمفص عن المساس بالتكامل الجسدى .

١٠٢ - وينبغى عدم الخلط بين المساس بالتكامل الجسدى كضرر أدبى يستاهل التعويض مستقبلاً من غيره من الاضرار ، والقسرة على العمل معه ، وبين الاجر الذى يستحقه العامل معه من أجر ، ربما يكون الضرر قد انتقص منه ، مع أن نقص الأجر لا يمثل القيمة الحقيقية للقدرة على العمل بصفة عامة مما يثير سؤالاً هو : هل يوضع في الاعتبار عند تعذر التعويض الانتقاص الذى حدث فسي القدرة على العمل ، أم الانتقاص الفعلى الذى لحق بالأجر؟ فقد يصل الانتقاص في القدرة على العمل الى ٥٠٪ بينما لا ينخفض الأجر الا في حدود ١٠٪ ، وقد اتفق الفقه والقضاء على أنه في مجال حوادث العمل ، لا ينظر في تقدير الضرر في هذه الحالة السى الأجر الذى كان يقبضه المضرور فعلاً بعد الحادثة ، لأن هذا الأجر لا يتحدد على أساس قدرة المضرور على العمل بعد الحادثة ، لأن الأجر قد لا ينقص بعد الحادث بنسبة انتقاص القدرة على العمل (٢) ، وعلى ذلك فان الأجر الذى يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض هو ذلك الأجر المعتاد الذى كان المضرور يستطيع الحصول عليه بما بقى

(١) د . أحمد شرف الدين - المرجع السابق - ص ٢٥ ، والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ٢٧ ، هامش

لديه من القدرة على العمل بعد الحادثة وبعبارة أخرى ، هو الأجر الذي كان يحصل عليه قبل الحادثة بعد تخفيضه بما يعادل نسبة انتقاص القدرة على العمل ، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض الفرنسية : " أن هناك بالضرورة تناسباً بين انخفاض القدرة على العمل والانخفاض المعتاد للأجر (١) "

وإذا كان الأساس بالتكامل الجسدي لا يسبب للمضروب ، ضرراً مادياً إذا استمر في قبض أجره المعتاد بالرغم من عجزه عن العمل ، فإنه يسبب له ضرراً أدبياً يتعلل فيما فقده من مميزات غير مادية ، أن الأساس بالتكامل الجسدي يتضمن ، فيما يتضمنه اعتداء على المميزات غير المالية التي يخولها هذا التكامل للمضروب ، ومعنى ذلك أن الاعتداء على جسم الإنسان لا ينتج عنه فقط عجز المضروب عن العمل ، ولكن أيضاً الانتقاص من الامكانيات التي تخولها له حياته الشخصية وبصفة خاصة الامكانيات الأدبية أو فنية (٢) .

١٠٣ - أثر الوفاة في تحديد عناصر الضرر الأدبي :

وإذا اقتصر الضرر على مجرد إصابة المجنى عليه في جسمه فقد تقدم أن ذلك يمثل ضرراً مادياً يشمل تكاليف العلاج ، والعجز عن الكسب المدة اللازمة للشفاء ، وفوات الفرص المالية التي كان المجنى عليه يستطيع أن ينتهزها في هذه الأثناء لولا الإصابة التي أصابته ، كما تسبب له أيضاً أضراراً أدبية تتمثل في الآلام الجسمانية والنفسية التي عاناها من وقت الإصابة إلى وقت تمام الشفاء ، وكذلك

(١) نقض مدني فرنسي في ٢٠/٣/١٩١٢ ، دالوز ١٩١٢ - ١ - ٢٣٦١ .

(٢) د . أحمد شرف الدين - نفس المرجع - ص ٢٧ وما بعدها .

الاخلال بالتكامل الجسدى على نحو ما رأينا ، ومتى شفى المصاب وقفت هذه الاضرار جميعا عند الحد الذى بلغته وقت الشفاء ، وأمكن عندئذ تقديرها جميعا ووجب أن يشملها التعويض كلها (١) .

ويكون نشوء هذا الحق في التعويض في ذمة المضرور شخصيا ، ثم يؤول من بعده ضمن تركته الى ورثته ، ويقسم بينهم وفقا لقواعد الميراث الشرعي وذلك بقطع النظر عما يمكن أن ينشأ لكل من هؤلاء الورثة من حق في تعويض خاص به من الضرر الذى يصيبه شخصا ، ومعنى ذلك أنه في هذه الحالة يكون للوارث حقان : حقه الموروث وحقوقه الخاص الذى نشأ في ذمته مباشرة لتعويض ما أصابه شخصا من ضرر مرتد (٢) .

١٠٤ - التمييز بين الدموى الوراثة والدموى الشخصية :

فإذا ترتب على الفعل الضار ضرر أصلى أصاب المورث ، وضرر أصاب ورثته ، فإن حقا في التعويض ينشأ مقابل كل واحد من هذين الضررين ، الأول : ينشأ في ذمة المضرور الأصلي ، ويمكن أن ينتقل الى ورثته بعد وفاته بعد أن يستوفي دائن المورث حقوقهم ، وما يتبقى من هذا التعويض ، يوزع على الورثة بحسب انصبتهم الشرعية ، وأما بالنسبة للحق في التعويض عن الضرر المرتد على الوارث ، فهو

(١) د. سليمان مرقس - الوفاى - العقل الضار - ص ١٦٩ .

(٢) المرجع السابق - ص ١٢٠ .

حق شخصي يثبت لكل وارث ، بل لكل قريب للمجنى عليه ولو لم يكن وارثا وفقا للمادة ٢٢٢ / ٥ من التقنين المدني المصري . اذا أصابه ضرر شخص من جراء الضرر الأصلي الذي أصاب المجنى عليه (١)

وقد أشارت المادة ٢٢٢ مدني مصري في فقرتها الأولى ، السى الدعوى الوراثية ، أما الفقرة الثانية من هذه المادة . فانها تعالج الدعوى الشخصية للمطالبة بالتعويض عن الألم الذي أصاب أقارب المجنى عليه من جراء وفاته ، والحق في رفع هذه الدعوى الشخصية مقصور على أقارب المجنى عليه الى الدرجة الثانية ، وزوجه ولو لم يكونوا من الورثة (٢) ، كما يلاحظ أنه بينما تعالج المادة ٢٢٢ / ١ ، كل أنواع الضرر الأدبي ، فان الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا تعالج الا نوعا واحدا منه هو الألم المترتب على وفاة المصاب ، غير أن هذا الضرر الأخير يتقيد من حيث انتقال التعويض عنه الى الغير بالقيود التي نصت عليها الفقرة الأولى (٣) .

فكان المطالبة بحق المجنى عليه تكون بمقتضى الدعوى الوراثية أما المطالبة بحق المضرور بطريق الانعكاس فتكون بمقتضى دعوى شخصية (٤) ، الأول يباشرها الوارث بصفته خلفا للمجنى عليه ، والثانية : يباشرها بصفته وبأسمه الشخصي ، فاذا كان القريب وارثا للمضرور فانه يمارس الدعويين بصفتين ، الأولى بصفته وارثا ، والثانية بصفته الشخصية .

-
- (١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦٠ وما بعدها .
(٢) في هذا المعنى : محكمة النقض الجنائي في ١٧ / ١ / ١٩٦٩ - المجموعة : السنة ٢٠ ص ١٦٨ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩٢ ، وانظر تطبيقا لذلك : حكم محكمة النقض الجنائي المصري في ٢٨ / ١١ / ١٩٥٠ - مجلة التشريع والقضاء - ٤ - ١١٣ ص ٩٢٧ ، تعليق د . سليمان مرقس .
(٤) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦١ .

للحضور فانه يمارس الدعويين بصفتين ، الأولى : بصفته وارثا ،
والثانية : بصفته الشخصية .

١٠٥ - الضرر في كل من الدعويين :

وتتميز كل من الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية من الأخرى
من حيث الضرر الذى تهدف الى تعويضه ، فهى تهدف الدعوى
الوراثية الى تعويض ما أصاب المورث من ضرر قبل وفاته ، فان الدعوى
الشخصية ترفع للمطالبة بتعويض الضرر الذى لحق الورثة شخصيا
تبعاً للضرر الذى أصاب مورثهم في جسمه أو في حياته (١) .

ويتربط على ذلك أنه يتعين على من رفع الدعوى الوراثية
أن يثبت الضرر الذى لحق مورثه ، أما من يرفع الدعوى الشخصية
فيلزمه اثبات ما أصابه هو من ضرر ، كذلك على من يباشر الدعوى
الوراثية أن يثبت صفته كوارث للمجنى عليه ، بينما لا يطلب ممن
يباشر الدعوى الشخصية أن يثبت تلك الصفة ، فيكفى أن يثبت ما
أصابه من ضرر . أما بالنسبة للضرر الأدهى ، فلا تقبل الدعوى
الشخصية في القانون المدنى المصرى إلا من زوج المجنى عليه أو
أقاربه الى الدرجة الثانية في حالة وفاته (٢) .

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٧٩ - ص ٩٨٦ .

(٢) إذا كان الضرر الأدهى الذى أصاب المجنى عليه قد لحق
به في جسمه فقط دون حياته ، فان دائرة الأقارب الذين
يحق لهم المطالبة بالتعويض ما أصابهم من ضرر أدهى
بطريق الانعكاس تضيق ، لأنه كلما كان الضرر الذى لحق
بالمصاب الاصلى أخف ، كان تألم أقاربه لضرره أقل ، فاذا
تضاءل ذلك الضرر واقتصر على أن يكون ضراً أدهى فحسب ،

ولما كان الضرر الذى يصيب المجنى عليه هو ضرر واحد بعكس الضرر الذى يصيب ورثته فانه ضرر يتعدد بقدر عددهم ، فانه اذا طالب أحد الورثة بتعويض الضرر الذى أصاب مورثهم وحصل عليه لسم يجزئ لغيره من الورثة أن يعود ويطالب بنفس التعويض ، وعلى العكس لا يمنع أحد الورثة من المطالبة بتعويض ما أصابه شخصا من أضرار أن يكون غيره من الورثة قد حصل على تعويض بمقتضى دعوى شخصية رفعها للمطالبة بتعويض ما أصابه شخصا من أضرار ، فالحق المخول لورثة المجنى عليه في المطالبة بتعويض الضرر الذى لحقهم ، هو حق بشي قابل للتجزئة ، أى أنه خاص بكل وارث على حدة وبنسبة الضرر الذى لحقه شخصا (١) ، ويتم تقدير التعويض فيه على أساس ما وقع من ضرر لا بنسبة نصيبه في الارث (٢) .

فالعالب أن لا يكون هناك محل لتعويض أقارب المصاب الأصلي مما قد يدعونه من ضرر أصلى مرتد ، ومن الصعب أن يتصور تعويضا يعطى عن الضرر الأدهى في تلك الحالة لغير الأب والأم . الوسيط للسنيهورى - المكان السابق - ص ٨٧١ ، د . سليمان مرقس - المكان السابق - ص ١٦٢ .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣/١/١٩١٤ ، المجموعة الرسمية س ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ ، ومحكمة الاستئناف الأهلية في ٧/٢/١٩٢٨ ، مجلة المعاماة ، السنة ٨ رقم ٥٢١ - ص ٨٦٦ ، حيث تقول : " اذا دخل بعض الورثة أمام المحكمة الجنائية مدعين بحق مدنى من قتل مورثهم ، وقضت المحكمة لهم بالتعويض جازلباقي الورثة المطالبة أمام الجهة المختصة بتعويض ما أصابهم شخصا من الضرر " ، وفي نفس المعنى : محكمة استئناف مصر في ٥/٢/١٩٢٧ - المعاماة س ٧ رقم ٩٨ ص ٧٨٣ حيث تقول : " ان التعويض المحكوم به للأم نظير وفاة ولدها لا يمنع من تعويض الوالد من الوجهة القانونية ، فان لكل منهما شخصية مستقلة يتبعها حق مستقل في المطالبة بالتعويض عما لحقه شخصا من الضرر " .

(٢) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٦٥ ، وما بعدها ، والأحكام المشار اليها فيه .

١٠٦ - آثار اختلاف الضرر في كل من الدعويين :

ويترتب على اختلاف الضرر في كل من الدعويين عدة نتائج :

أولها : ان التعويض الذي حكم به في الدعوى الوراثةية بحسب الأنصبة الشرعية لتوزيع التركة ، أما التعويض الذي يحكم به في الدعوى الشخصية فانه يتقدر طبقا لمقدار الضرر الذي أصاب كل وارث على حدة .

ثانيها : الاصل أن الحكم الصادر في الدعوى الوراثةية فيما يتعلق بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور المباشر لا يحتج به في الدعوى الشخصية .

ثالثها : لا يوزع التعويض المحكوم به في الدعوى الوراثةية على الورثة إلا بعد أن يستوفى دائئو المجنى عليه (المورث) حقوقهم اما التعويض الذي يحكم به في الدعوى الشخصية فليس لدائئ المورث أى حق عليه لأنه ليس من بين عناصر التركة (١)

رابعها : الصلح الذي أبرمه المضرور قبل وفاته مع المسئول يحتج به على الورثة في الدعوى الوراثةية ، لأن الصلح باعتباره عقد ينتج أثره في مواجهة المتعاقدين وخلفهما العام . ولكن لا يحتج بهذا الصلح في الدعوى الشخصية (٢) .

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ١٠٤ . هامش (٢) ،
د . سليمان مرقس - المسئولية - ص ٦٩ ، د . أحمد
شرف الدين - السابق - ص ٦٢ .

(٢) د . أحمد شرف الدين - المرجع والمكان السابقان .

١٠٧ - الضرر الأدهي الناتج عن الوفاة :

إذا تطور الضرر الأدهي الناتج عن إصابة المجنى عليه وأدى إلى موته ، فلا شك في أن الموت أيضا يضع حداً للاضرار الأدهية الناشئة عن الألم فتتحدد نهائيا ويستحق عنها التعويض ، ولكن أيستوى الأمر من حيث حصر عناصر الضرر بين انتهاء الأضرار بسبب شناساء المصاب ، وبين انتهائها بموته متأثرا بإصابته ؟ وبعبارة أخرى ، ألا يعتبر الموت الذي ينشأ عن الإصابة ضررا آخر متميزا عن تلك الأضرار التي سبقتها ويجب اضافته إلى عناصر الضرر الأخرى المشار إليها عند تقدير قيمة التعويض الذي نشأ الحق فيه في ذمة المصاب ؟ أليس ازهاق الروح أساسا بحق المجنى عليه في الحياة وبالتالي يعد ضررا يستوجب التعويض في ذاته ويقطع النظر عن الأضرار الأخرى التي سبقتها (١)

ويبدو أن الأمر من البدهاة بحيث لا يستحق هذا التساؤل ومع ذلك فقد اختلفت انظار الشراح فيه ، وتفرقت أقوالهم ، وأساس هذا الاختلاف : أن القول بأن الموت غير الطبيعي ، وهو أساس الحق في الحياة يعتبر في ذاته ضررا موجبا التعويض ، إنما يقتضي وبالضرورة ثبوت الحق في التعويض لشخص المجنى عليه نفسه الذي فقد الحياة ثم انتقاله من بعده ، ان أمكن إلى ورثته ، أي أنه يقتضي أن يثبت للمجنى عليه الذي يموت متأثرا بإصابته حق شخصي في التعويض عن موته متميز عما قد يثبت لورثته من حق آخر في التعويض عما أصابهم من أضرار بسبب موت مورثهم ولكن متى يثبت هذا الحق للمجنى عليه ؟ قبل موته ، وضرر الموت لم يقع بعد (٢) أما بعد موته وبالتالي بعد

(١) د . سليمان مرقس : بحوث وتعليقات على الأحكام فـسـي

المسئولية المدنية - ص ٢٣٣ ، الفعل الضار - ص ١٧٠ .

(٢) راجع : حكم محكمة مصر الابتدائية ١٠ / ١٢ / ١٩٢٣ م ،

المحكمة - السنة ٤ رقم ٣٥٢ - ص ٤٥٦ ، وحكم النقض

الجنائي المصري في ٢٥ / ٣ / ١٩٤٦ - المحكمة - السنة

٢٧ ، ملحق جنائي رقم ٧٢ - ص ١٢١ .

انقضاء شخصية ، وزوال صلاحيته لتعلق الحقوق بها ونشوتها فسي
ذمته ؟ (١) وقف كثير من الشراح عند هذه الصعوبة ، وتفرقت بهم
السبل الى رأيين :

١٠٨ - الرأى الأول : وقد اضطر القائلون به الى التسليم
بأن ضرر الموت لا يقابله حق في تعويض وعللوا ذلك بأن كل نفس ذائقة
الموت ان أجلا أو عاجلا ، وأنه لا محل اذن لطلب تعويض عن الموت
في ذاته ، ولا سيما أن الميت لا يحس شيئا فضلا عن أن شخصيته
تفنى منذ موته وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق (٢) .

١٠٩ - تقسيم هذا الرأى :

غير أن هذا الرأى رغم ما قد يبدو في أسانيده من أسس
منطقية ، مردود من عدة وجوه :

الأول : ان الموت وان كان حقا على كل انسان ، وكان
لا يستوجب التعويض اذا وقع قضا" وقدرًا ، فمن المؤكد ، بكل
والراجح انه يستوجب اذا حدث بفعل فاعل ، اذ يكون هـذا
الفعل في الغالب وكما يبدو من ظاهره ، قد استعجل الموت وقصر
الحياة (٣) .

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٧١ .

(٢) د . محمود مصطفى - شرح قانون الاجراءات الجنائية - ص

١٥١ - طبعة ١٩٥٥ م .

(٣) وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية : " إنه وان كان
الموت حقا على كل انسان الا ان التعجيل به بفعل الغير
من عمد أو عن خطأ ، يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا
هو ابلغ الضرر اذ يسلبه اثنان ما يملكه الانسان وهو الحياة"
جنائي في ١٤/٣/١٩٦٧ م - المجموعة الجنائية السنة ١٨ -
ص ١٤٥ .

الثاني : ليس من المستساغ ولا من المقبول مطلقا ، القسول

بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي وغير المالي كما أن فقد ها يعتبر من أعتى المصائب ، لأنه فوق الألم الجسماني والنفسي الذي يصاحبه ، يحرم الانسان كل متعة ، ويقضى على أهم عنصر من العناصر التي تعتمد عليها ثروته (١) .

الثالث : انه وان كان صحيحا ما يقال من أن حق المجنى

عليه في تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت ، فإنه يجب أن لا نفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وان هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة . كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به عن كل الاضرار المحققة التي نشأت من هذا الفعل الضار ، والتي تنشأ عنه فيما بعد ، ما دامت تعتبر نتيجة مباشرة له ، فبنشأ الحق في التعويض عن الموت من قبل وفاة المجنى عليه . وبمجرد وقوع الفعل الضار متى صار من المحقق ان الاصابة ستفضى الى الموت ، وهو ينشأ في الحالة التي تقتصر فيها الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب من الموت الذي يصير فيه الموت محقق الوقوع ولا بد أن يصير الموت كذلك قبل وقوعه فعلا ، ولو بلحظة واحدة ففي هذه اللحظة ينشأ الحق في التعويض ويكون نشوؤه سابقا على وقوع الموت (٢) .

-
- (١) د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٧٢ .
(٢) د . احمد شرف الدين - السابق - ص ٥٣ ، والمراجع المشار اليها . د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٢ ، وقسارن :
د . السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ١٠٤١ هامش (١) حيث يرى ان الضرر قد حاق بالميت عند الموت لا قبله ولا بعده .

والقول بامتناع الحق في التعويض على المجنى عليه الذي يموت عقب الاصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الاصابة ، يؤدي الى نتيجة يابها العقل والقانون : هي جعل الجاني الذي يقتصوا في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فورا ، نفسي مركز يفضل مركز الجاني الذي يقل عنه قسوة واجراما ، فيصيب المجنى عليه باذى دون الموت ، وفي ذلك تحريض للجناة على ان يجهزوا عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبتهم بالتعويض (١) .

١١٠ - الرأى الثاني : وقد قال به كثير من الشراح ، حيث ذهبوا الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له في التعويض من موته ، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ، ولو ادى الفعل الضار الى الوفاة فورا ، لأن الموت ما دام قد جا نتيجة للفعل الضار ، فلا بد أن يكون السبب قد تقدم المسبب ويكون نشوء الحق في التعويض سابقا بالتالي على حصول الوفاة (٢) .

(١) نقض مدني مصري في ١٧/٢/١٩٦٦ ، المجموعة - السنة ١٧ رقم ٤٧ - ص ٣٣٧ ، وراجع : د . أحمد شرف الدين السابق - ص ٥٥ ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٣ .

(٢) من هذا الرأى : مصطفى مرمى - السابق - فقرة ٣٢٥ ، ود . عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٩١٨ ، هامش (٣) حيث يقول : " فاذا كان الضرر الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال . فهل يجوز للوارث ان يطالب بالتعويض بوصفه خلفا عن المضرور؟ وهل يجوز القول بأن الموت ضرر مادي يصيب الميت؟ لا شك في ذلك ، فقد فقد الميت أتمن شي مادي يملكه وهي الحياة ولا يقال ان كل نفس ذائقة الموت ، وان الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت نفسي ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتا غير طبيعي . وهذا ضرر

ذلك أنه من الأمر المسلم به أن مصدر الحق في التعويض عن أى ضرر هو الفعل الضار ، وهو في موضوع الاعتداء الذى أدى إلى وفاة المجنى عليه ، وينشأ هذا الحق في التعويض يوم وقوع الضرر ، ولم يرد في نص المادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصرى ما يعالج مسألة نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت ، ولكن المادة قسدت عالجت مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأذى ، ولم يرد نص خاص يمنع نشوء هذا الحق في حالة الموت ، وإذا كان من المسلم به أن مصدر الحق في التعويض هو الفعل الضار ، وهذا الفعل الضار لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت ، كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه ما زال أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذى لحقه . حسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته ، فلم يرثته يتلقونه عنه في تركته ، ويحق لهم بالتالى ، مطالبة المسئول بجبر الضرر الذى لحق مورثهم من جراء الجروح التى أحدثتها

لا شك فيه ، ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لم يميت ، أم بعد الموت ، والميت لا يجوز عليه الضرر ! ، ذلك أن الميت قد حاق به الضرر ، لا قبل الموت ولا بعد الموت . ولكن عند الموت . وراجع نقض جناي في ١٤/٣/١٩٤٤ والتعليق عليه من د . سليمان مرقس - في بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية وغيرها - ص ٢٢٤ وما بعدها - طبعة سنة ١٩٨٧ م . د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ٥٠ ، والأحكام المشار إليها فيه .

به ، ومن جراء الموت الذى أدت اليه تلك الجروح (١) فالحق فسي التعويض عن ضرر الموت ينشأ قبل وفاة المضرور ، متى كان هذا الضرر محققا ، بأن بات من المؤكد أن الاعتداء سيفضى الى موت المجنى عليه ، حتى انه اذا كان الموت محتمل الوقوع فحسب فان الحق فسي تعويضه ينشأ من الوقت الذى يصير فيه محقق الوقوع . وهو يصير كذلك قبل وقوعه ولو بلحظة واحدة (٢) ، وحتى لو قلنا بأن الضرر الذى حاق بالمجنى عليه يكون معاصرا للموت ، فان الحق في تعويضه لا ينشأ لميت ، ولكنه يقوم لانسان حي في طريقه للموت (٣) .

.. ويخلص اصحاب هذا الرأى الى أن القول بثبوت الحق للمجنى عليه في التعويض عن موته يتفق مع الواقع والقانون والعدالة،

(١) د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ٥٣ ، وراجع حكم محكمة النقض الجنائي في ١٤ / ٣ / ١٩٦٧ سابق الاشارة اليه وهذه المطالبة تكون وفقا لاحكام المسؤولية العقدية ، اذا كان الضرر قد نشأ من جراء الاخلال بالتزام نشأ عن عقد بين المجنى عليه والمسئول كعقد النقل - د . على يونس - العقود التجارية - ص ٢٩١ ، ود . اسماعيل غانم - المسؤولية التعاقدية - دروس لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق - جامعة عين شمس ، عام ٧٥ / ٧٦ - ص ١٢ . وقد تكون المطالبة وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن نفس الخطأ اذا اصاب الورثة بضرر مرتد فهنا تستند الدعوى الشخصية الى قواعد المسؤولية راجع : د . اسماعيل غانم السابق - ص ١٤ ، د . على يونس - السابق - نفس المكان ، وعلى البارودى - العقود وعمليات البنوك التجارية - ص ١٣٨ ، د . أحمد شرف الدين - السابق ص ٦٩ .

(٢) راجع : حكم محكمة النقض المصرية في ١٢ / ٥ / ١٩٦٥ - مجموعة احكام النقض لسنة ١٦ - ص ٥٧٠ رقم ٩٣ .

(٣) د . السنهورى - المرجع نفسه - ص ٤١ - ١ ، د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ٥٤ .

إذا كان هذا الحق يدخل في ذمة المضرور قبل وفاته . كما يدخل فيها الحق في التعويض المقابل للاضرار المترتبة على الإصابة الجسدية بحيث يجد ورثته هذين الحقين في تركته .

١١١ - موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر :

وقد حصل انقسام كبير بين المحاكم في فرنسا بسبب الأخذ بأى من هذين الرأيين فأخذت بعض المحاكم بالرأى الأخير ، وذهبت مع القائلين به ، الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له في التعويض عن موته ، وبأن هذا الحق ينشأ في ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ، ولو أدى الفعل الضار الى الوفاة فوراً ، لأن الموت لا دام نتيجة للفعل الضار ، فلا بد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب ، ويكون نشوء الحق في التعويض سابقاً بالتالي على حصول الوفاة (١) بينما جنحت الى الأخذ بالرأى الأول غالبية المحاكم (٢).

ويبدو أن المحاكم المصرية قد أخذت في أول الأمر بهذا الذي استقر عليه رأى غالبية المحاكم الفرنسية ، فقضت في حكم لها أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة بأن ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق في التعويض الذى يلزم به الجاني عن وفاة

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٧٣ ، والمراجع المشار اليها فيه ، وراجع حكم محكمة استئناف انجيه Angers في ١٢/٥/١٩٢٩ مشار اليه في: 16 - 1 - 1929 - Dalloz;

وحكم محكمة استئناف أورليان في ٢٥ مارس ١٩٤٩ ، مشار اليه في د . سليمان مرقس - المصدر السابق - ص ١٧٤ .

(٢) حكم محكمة السين الابتدائية في ٩ يناير سنة ١٨٧٩ م

21 - 2 - 1881 - Sirey,

وحكم محكمة تولوز في ١٧ ابريل سنة ١٩٠٢ م .

81 - 2 - 1905 - Sirey,

وحكم محكمة أميان في ١٠ يولية سنة ١٩٠١ م .

8 - 2 - 1902 - Sirey,

وحكم محكمة بيزانسون في أول ديسمبر سنة ١٨٨٠ م

65 - 2 - 1881 - Dalloz,

المجنى عليه ، لأن هذا التعويض لم يستحق الا بسبب هذه الوفاة ومن ثم لم يدخل قط في ذمة المتوفى (١) ، وقضت محكمة مصر الابتدائية : بأن المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضاً عن موت مورثه ، ليس مالا متروكاً عن المورث ، بل هو تعويض شخص يعطى للوارث من باب السلوى عما فقد من النفع ، ونكبه به من الخسارة ، وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجر عليه وفاة لدينه الذى كان له على المورث (٢) ، وفي حكم آخر قضت بأن مبلغ التعويض الذى تعطيه مصلحة السكك الحديدية الى ورثة موظف توفى في اصابة أثناء العمل يعتبر مملوكاً لهم شخصياً نظير ما نالهم من ضرر أدبى بسبب موته ، ولا يعتبر تركه تورث عنه يمكن الحجز عليها بسبب دين على المتوفى (٣) .

١١٢ — قد حكمت محكمة النقض المصرية بمقتضى هذا الرأى في حكم لها بتاريخ ١٣/٣/١٩٥٦ م ذهبت فيه الى أنه : لا يمكن القول بأن المجنى عليه قد لحقه ضرر مادي يورث عنه الا اذا كان قد أصابه هو نفسه ضرر في حق أو مصلحة يمكن أن يترتب عليه تعويض يدخل في ذمته ، ويتلقاه عنه ورثته ، كأن يكون قد انفق مالا في العلاج أما اذا كان الضرر الذى جعله المدعى بالحق المدني أساساً لدعواه قد نشأ مباشرة عن موت المجنى عليه ، فإن هذا الضرر الأدبى لا يمكن

-
- (١) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ٢١/١١/١٩٣٥ ، ١١/٢/١٩١٩ م ، مشار اليهما في د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٤ هامش ١٠٢ .
 - (٢) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ١٠/١٢/١٩٢٢ م ، مشار اليه بمجلة المحاماة ٤ - ٤٥٦ - ٣٥٢ .
 - (٣) حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢٠/١٠/١٩٢٥ م ، المحاماه ١٦ - ٣٣٧ - ١٤١ .

أن ينتقل الى الورثة لعدم قيام الشرط المنصوص عليه في المادة ٢٢٢ من القانون المدني (١)

وبلاحظ كما يقول الدكتور سليمان مرقس : ان الرأي السدى ذهبت اليه كثرة المحاكم الفرنسية وأحكام المحاكم المصرية يؤدى الى القول بأن ورثة المجنى عليه لا يجدون في تركته حقاً في التعويض عن موته ، وانما يجدون فيها حقه في التعويض عن الاضرار الأدبية

(١) نقض جنائي في ١٣ مارس سنة ١٩٥٦ م ، مجموعة أحكام النقض الجنائي ٧ - ٣٣٠ - ٩٩ ، وقارن حكم نفس المحكمة في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ، حيث ذهبت الى عكس ذلك في القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية ، حين قالت : " اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه . فلوالد المجنى عليه بعد وفاته ان يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائمها ، لأن من حقه بصفته وارثاً له ، أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبي الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار ان هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المورث . وما دام المجنى عليه قبل وفاته لم ينزل صراحة أو ضمناً عن حقه في التعويض ، فلا محل لافتراض هذا النزول ، واستنتاجه من وفاته قبل رفع الدعوى عن التعويض - مجلة المحاماة ٢٦ - ٥٦٥ - ٢١٢ ، وقد علق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم بقوله : ويظهر بداية من ذلك أن محكمتنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالاً مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته في جميع الأحوال ولو كان المصاب لم يطالب بهذا الحق قبل وفاته ما دام لم يتنازل عنه صراحة ولا ضمناً . وبلاحظ أن هذا الحكم يتضمن خروجاً على المبدأ الذى سارت عليه الأحكام السابقة ، راجع : بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها - ص ٢٢٤ وما بعدها طبعة ١٩٨٧ م .

التي يكون قد تحملها قبل موته (١) ، أما الرأي الذي ذهبت اليه قلة من أحكام المحاكم الفرنسية ، وكثرة من الشراح فيؤدى السى القول بثبوت حق للمجنى عليه في التعويض عن موته ، لوجود هذا الحق في ذمته المالية ، وبانتقاله الى ورثته وفقا للقانون الفرنسي في جميع الأحوال ، ووفقا للقانون المصرى اذا اعتبر ضرر الموت، ضررا ماديا ، أو اذا اعتبر ضررا أدبيا ، وكان المجنى عليه قد طالب به أو اتفق عليه قبل وفاته (٢) .

وقد أخذت المحاكم المصرية منذ أكثر من ثلاثين سنة تتحول الى هذا الرأي الذى قالت به كثرة الشراح ، واقترتها على هذا الاتجاه محكمة النقض المدنية حيث قررت في حكم لها صدر في ١٧/٢/١٩٦٦ مخالفا لما سبق أن قرره دأثرتها الجنائية فقالت : اذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير ، فان هذا الفعل لا يسد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة مهما قصرت ، كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ، ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذى لحقه ، وحسبما يتطور اليه هذا الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فان ورثته يتلقونه عنه في تركته ، ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر الذى سببه لمورثهم ، لا من الجروح التى أحدثها به فحسب ، وانما أيضا من الموت الذى أدت اليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها (٣) ، ولأن الفترة التى تفصل بين ثبوت هذا الحق للمجنى عليه وهو لا يثبت له الا في الوقت الذى يصير موته فيه محقق

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٧٦ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) حكم محكمة النقض المدني المصرية في ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦ م ،

مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٣٣٧ - ٤٧ ونقض مدني في ٣٠

يناير سنة ١٩٨١ في الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٨ ق ، ونقض

١٩ مايو سنة ١٩٨٣ م في الطعن رقم ١٨٨٤ ، ١٨٦٤

لسنة ١٩٥٢ ق . مشار اليهم في د . سليمان مرقس . المصدر

السابق - ص ١٧٨ في الهامش .

الوقوع - وبين موته يغلب أن تكون فترة قصيرة يقضيها المجنى عليه في آلام مبرحة وخوف من الموت فإنه يندر جدا أن يباشر المجنى عليه هذا الحق ، وأن يطالب به أو يحصل على حكم به في حال حياته فإذا اعتبر ضرر الموت ضررا أدبيا محضا ، انقضى الحق في التعويض عنه ، بموت المجنى عليه دون أن يطالب به قضا ، أما إذا اعتبر بالعكس من ذلك ضررا ماديا كان الحق في التعويض عنه حقا ماليا عاديا منذ نشوئه أى أنه يولد مباشرة في ذمة الشخص المالية ، ويوجد في تركته عند موته ، وينتقل معها الى ورثته ، لذلك يكون من المهم تكيف ضرر الموت من حيث اعتباره ضررا أدبيا بحتا أو ضررا ماديا .

١١٣ - الفقه والقضاء يعتبران الموت ضررا ماديا محققا :

من الواضح أن موت المجنى عليه ينطوى على مساس بحقوق الحياة ، وهذا الحق غير مالي ، فيكون ضرر الموت ضررا غير مالي ، أو بعبارة أخرى ضررا أدبيا محضا ، ولكن هذا الاعتبار سيؤدي الى نتيجة حرجة بالنسبة لورثته ، حيث لن يستطيعوا المطالبة بالتعويض الناشئ عن الجناية عليه الا اذا كان المجنى عليه قد طالب به قبل موته ، وهو لن يفعل ذلك غالبا ، ومن ثم يكون ضرر التعويض عن الموت متعذر الوصول الى الورثة .

.... ولكن هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالي لا يقتصر أثره بالضرورة على الضرر الأدبي ، وأنه غالبا ما يتمخض من ضرر مادي ، وذلك كالاعتداء على السلامة اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة ، وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه ذلك الحبس فرصة للكسب المالي ، فكون اعتبار الموت اعتداء على حق الحياة وهو ضرر غير مالي لا يمكن أن ينفي ما يصاحب ذلك من ضرر مالي يرتبط به غالبا (١) .

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٧٨ ، وما بعدها .

واذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل واكتساب الحقوق ، لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث لا يعسدو مجرد الاحتمال ولا يمكن الجزم به ، ومن ثم تكون الخسارة — على فرض اعتبارها خسارة مالية — خسارة احتمالية لا تستوجب التعويض ، فان هذا القول مردود بأن الاصابة القاتلة ، قد فوتت عليه فرصة الاستمرار في الحياة ، والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة لمن يكون في مثل سنه وصحته ، وبأن الحرمان من هذه الفرصة بسبب له خسارة مالية تقدر بنسبة ما كان له من حظ فسيحي استمرار الحياة وقدرته على العمل ، ومن ثم يكون فقد الحبيسة بسبب الموت غير الطبيعي ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوفاة الذي يصير فيه الموت محقق الوقوع ، وينتقل الحق في التعويض الى الورثة ، ولو وقعت وفاة مورثهم بسبب الجناية قبل أن يطالب المسئول عنها بالتعويض (١) .

١١٤ — وقد انتهت محكمة النقض المصرية الى تقرير هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير سنة ١٩٦٦ م ، وقد جاء فيه : " ولئن كان الموت حقا على كل انسان الا أن التعجيل به اذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا اذ يترتب عليه فسوق الآلام الجسمية التي تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة ، وهنسي أغلى ما يملكه الانسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره (٢) وقد اضطردت أحكام محكمة النقض المصرية على تكيف ضرر الموت بأنه ضرر مادي محقق

(١) د . سليمان مرقس — المصدر نفسه — ص ١٧٩ ، والسنه — وري — الوسيط — ج ١ فقرة ٥٦٨ .

(٢) نقض مدني مصري في ١٧/٢/١٩٦٦ م ، مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٣٣٧ — ٤٧ ، السابق ، والحكم الابتدائي المشار اليه في النقض المدني المصري بتاريخ ٢٥/٣/١٩٦٥ المجموعة ١٦ — ٦٢ — ٣٩٢ ، وقد جاء فيه : على القاضي أن يدخل في اعتباره عند تقدير الضرر الذي أصاب المضرور أن المضرور كان شابا ، في الثانية والثلاثين يرجو لنفسه مستقبلا زاهرا .

ينشأ عنه حق بتلقاه عن المضرور ورثته بعد وفاته (١) .

وأود أن أشير إلى أن ما انتهى إليه قضاء النقض في هــسـنـه
المسألة ، وما قرره فقهاء القانون بشأنها يتفق مع التوصيف الذين قال
به فقهاء الشريعة الإسلامية لوقت ثبوت الدية ، حيث ذهب السراى
الراجح في الفقه ، إلى أن الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطأ
تعتبر من أموال الميت المملوكة له ، وأنها تنتقل إلى ورثته على أساس
أنها تعد من ضمن ما يملكه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ،
والراجح من مذهب الشافعية ، ورواية عن الإمام أحمد (٢) وذلك
على نحو ما سترى .

(١) نقض مدني في ١٩٧٤/٣/٧ م ، مجموعة أحكام النقض
٢٥ - ٦٠ - ١١ ونقض مدني في ١٩٨٣/٥/١٩ فسي
الطعنين رقمي ١٨٨٤ ، ١٨٦٤ لسنة ٥٢ ق - السابق
الإشارة إليه .

(٢) راجع : حاشية ابن مـهـديـن على الدر المختار - ج ٦ - ص
٧٥٩ ، ومواهب الجليل - للخطاب - ج ٦ - ص ٢٥٥ ،
وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٣٤ ،
ونهاية المحتاج - ج ٦ - ص ٣ ، والمغنى لابن قدامة
ج ٦ - ص ٣٢٠ - مكتبة الرياض الحديثة .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الواقع على حق الإنسان في سلامة جسده
في الفقه الاسلامي

١١٥ — وقد كانت مسألة وقت ثبوت الضرر الأدبي في الجناية على النفس محل بحث من فقهاء الشريعة الاسلامية ، حيث تكلموا عن الوقت الذي يشته فيه حق القصاص ، كما تكلموا عن الوقت الذي تثبت فيه الدية باعتبارها خلفا عن الواجب في الجناية ، أو واجباً أصلياً عنها ، وينبغي ذكر أقوالهم في كلا الأمرين لاستجلاء آرائهم وبما أن أدلتهم على ما ذهب إليه كل فريق فيهما ، ونشير أولاً إلى أقوال الفقهاء في وقت ثبوت القصاص ، ثم نتطرق بعد ذلك إلى أقوالهم في وقت ثبوت الدية . على أن نخصص لكل موضوع فرعاً .

(الفرع الأول)

الوقت الذي يثبت فيه القصاص

١١٦ — ومن المقرر شرعاً أن القصاص قد يكون في النفس ويهدو من خلال النظر فيما أورده الفقهاء بخصوص هذه المسألة ، أن هناك تفرقة في وقت ثبوت كل من الأمرين : القصاص في النفس ، والقصاص فيما دون النفس لذلك ينبغي أن نشير إلى أقوال الفقهاء في كل أمر على حدة .

١١٧ — أولاً : وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس :

للفقهاء في مسألة وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس

قولان :

١١٨ — أولهما : لأبي حنيفة ومالك وفي رواية عند الحنابلة :

وحاصل قولهم : أن الحق في القصاص والدم يثبت لوارث المقتول ابتداءً ، وذلك على أساس أنهما لا يجبا إلا بعد زهوق الروح ، وفي هذا الوقت لا يكون المقتول أهلاً للاستحقاق حتى يثبت له القصاص وينتقل إلى ورثته من بعده بطريق الإرث ، ومن أصحاب هذا السراى القرافي ، حيث يقول : " أما القصاص في النفس فإنه لا يورث ، لأنه لم يثبت للمحني عليه قبل موته ، وإنما يثبت للوارث ابتداءً ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس ، فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث (١) ، ولأن الموت يسقط أهلية اكتساب الحقوق (٢) ، ونظراً لأن ثبوت هذا الحق يكسبون للوارث ابتداءً ، فإنه يمارسه عنه نيابة عن المورث بطريق الخلافة ، لا بطريق الوراثة ، أي أن ثبوت هذا الحق يكون ابتداءً للوارث على اعتبار أنه خليفة المجنى عليه أو نائب عنه (٣) .

(١) الفروق للقرافي - ج ٣ - ص ٢٧٩ - طبعة ١٣٤٤ هـ ، والقواعد

لابن رجب - ص ٣٤٢ ، ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٧٤ وفيه : وقيل للوارث بالنسب دون السبب ، لأنه للتشفي والسبب ينقطع بالموت ، والاشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٢٨٩ حيث يقول : واختلفوا في القصاص فذكر في الأصل أنه يورث ومنهم من جعله للورثة ابتداءً ، وراجع : التلويح على التوضيح - ج ٣ - ص ١٨٩ حيث جاء فيه : ولأن القصاص يجب ابتداءً للورثة ، قال أبو حنيفة رحمه الله غير موروث حتى لا ينصب بعض الورثة خصماً على البقيسة - وانظر : تكملة فتح القدير - ج ١٠ - ص ٢٦١ .

(٢) السرخسي - المبسوط - ج ٢٦ - ص ١٥٤ ، حيث يقول :

" الاستحسان أن القصاص للوارث على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداءً ، ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفيذ وصاياه ، فأصل الحق كان ثابتاً للمورث ، فالخلافة معناها جعل الشخص غيره مكانه في عمل وهو يجوز فيه " .

(٣) راجع : موسوعة جمال عبد الناصر للغة الاسلامي - ج ٦ - ص ١١٨ .

وقد قالوا تأييداً لرأيهم : ان القصاص يثبت للورثة على سبيل الاستقلال والكمال لأنه حق مبتدأ لهم بوزاة القتل ، والمقصود من القصاص في القتل هو التشفي . والميت لا يتشفى ، فيثبت للورثة ابتداءً (١)

١١٩ - وثانيهما : للشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب والصاحبين : وحاصل قولهم : ان حق القصاص يثبت للمقتول أصلاً وبما أنه بالقتل عجز عن استيفاء حقه فيقوم الورثة مقامه بالأرث عنسه ، ويكون مشتركاً بينهم كما يشتركون في أرث المال (٢) ، والدية فسي حكمه لأنها بدل عنه (٣) ، ومما يدل على أن القصاص حق للمقتول انه لو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد وسوا " عفا عنه بلفظ العفو أو الوصية ، وقد حكى ابن قدامة في المغنى : ان من قال بصحة عفو المجرع عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعي ، ونقل عن أصحاب الشافعي : اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها نفية قولان ، أحدهما أنه وصية ، فيبنى على الوصية للقاتل : وتخرج في حدود الثلث (٤) .

- (١) بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٢٤٢ ، والشرح الصغير - للدردير - ج ٤ - ص ٣٦٠ .
- (٢) بدائع الصنائع - نفس المكان السابق ، والمهذب - ج ٢ - ص ١٨٨ ، ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٤٠ ، وكشاف القناع - ج ٧ - ص ٧٤٣ .
- (٣) المغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٣٩ ، وص ٧٤٤ ، حيث جاء فيه : ان من ورث الدية ورث القصاص كالعصية واذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ، كما لم يمنع استحقاقه الديانة وسائر حقوقه الموروثة .
- (٤) المغنى - ج ٧ - ص ٧٥٠ وراجع : تكملة فتح القدير - ج ١٠ - ص ٢٤٢ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٢٩٨ ، ٣٤٨ ، والتلويح على التوضيح - ج ٣ - ص ١٩٠ ، وقد جاء فيه : " وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - القصاص موروثة لأنه

ثم يقول ابن قدامة مستدلاً لما يرجحه : ولنا أنه اسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو اسقط الشفعة بعد البيع ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج (١) ، والقصاص من الحقوق التي تدخل في التركة عند جمهور الفقهاء (٢) .

١٢٠ - أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من السنة وآثار الصحابة والمعقول :

خلفه هذا المال موروثاً جمعاً ، والخلف لا يخالف حكم الأصل " ، والام للشافعي - ج ٥ - ص ١٠ ، وأسنى المطالب - ج ٤ - ص ٣٥ ، وقد جاء فيه ، وهو موروث كالمال فيرثه ورثة القتل " ، ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٨٣ ، حيث يقول : " والصحيح ثبوته لكل وارث بغرض أو تعصيب بحسب ارثهم المال " ، والاختيارات الفقهية - لابن تيمية - ص ٢٩٣ حيث يقول : " وولاية القصاص ، والعفو عنه ليست عامة لجميع الورثة بل تختص بالعصبة وهو مذهب مالك ورواية عن أحمد " .
وراجع : المنتقى شرح الموطأ ج ٧ - ص ١٢٥ ، والخرشي - ج ٨ - ص ٢١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٢٧ .

(١) المغني لابن قدامة - نفس المكان السابق .

(٢) الشيخ علي الخفيف - تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته - مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - العدد الخامس - ص ٦٣ . وراجع في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٦ - ص ٥٣٦ وما بعدها ، وحاشية الشبرايملي بحاشية نهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٨٣ .

١ - دليلهم من السنة :

بما روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " من قتل لسه
قتيل فأهله بين خيرتين ، أما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا " (١) .

١٢١ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد بين فيه ان أثر الجناية
وهو القصاص أو الدية يثبت لأهل القتل على سبيل التخيير بين الأمرين
الواردين ، وهما القصاص أو الدية ، فدل ذلك على ثبوت الحق لهم
ابتداءً ، بدليل تخيير الأهل فيه ، ولأنه خيرهم بينه وبين الدية
والدية تثبت لجميع الورثة بالاتفاق فكذا القصاص (٢) .

١٢٢ - مناقشة وجه الاستدلال :

ويمكن أن يرد على وجه الاستدلال من الحديث امران :
الأول : ان تخيير النبي - صلى الله عليه وسلم - لأهل
القتل لا يفيد عدم ثبوت الحق في القصاص للمجنى عليه أولاً ، مع
ان الثابت أن الحق له أصلاً ، لأن الجناية وقعت عليه فيثبت له الحق
أولاً ، بدليل انه اذا عفا عن القصاص فانه يسقط ، ولو لم يثبت لسه
أولاً لما سقط بعفوه (٣) .

(١) أخرجه أبو داود والترمذي - راجع نصب الراية - ج ٤ - ص
٢٥٠ ، وأصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة بمعناه
وقد رواه أبو شريح الخزاعي ، راجع : سبل السلام للصنعاني
- ج ٣ - ص ٤٦٦ .

(٢) حاشية الرملي - بهامش أسنى المطالب - ج ٤ - ص ٣٥ .

(٣) في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين - ج ٦ - ص ٥٣٦ ،
وما بعدها ، وحاشية الشبراوي بهامش نهاية المحتاج - ج ٧ -
ص ٢٨٣ .

الثاني : ان موت المجنى عليه لا يمنع من ثبوت الحق لـسـه
اذا وجد سببه حال حياته ، كما في صيد شبكة نشرها حال حياته
فوقع فيها الصيد ، فانه يعتبر في حكم ملكه ، ويكون حكمه حكم تركته (١) .

١٢٣ - أدلتهم من الأثر :

١ - بما رواه زيد بن وهب ، أن عمر أتى برجل قتل قتيلا ، فجاء
ورثة المقتول يقتلوه . فقالت امرأة المقتول ، وهي أخت القاتل ،
قد عفوت عن حقي ، فقال عمر : الله أكبر عتق القتل (٢) .

١٢٤ - وجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عفو المرأة من حقها في القصاص فرع ثبوته لها ، فلو لم يثبت
لها أصالة لما صح عفوها عنه ، وقد أثر ذلك عن عمر فدل على اعتباره .

١٢٥ - رد هذا الاستدلال :

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال ، ان ثبوت الحق لـهـا
انما هو فرع ثبوته عن المورث ، ومن ثم لا يكون دليلا على ثبوت الحق
لها ابتداء ، مثلها في ذلك كمن يتصرف في مال بعد أن آل اليه
من مورثه .

(١) الشيخ علي الخفيف - المرجع والمكان السابقان .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، راجع : مصنف عبد الرزاق - ج .

٢ - وبما روى أيضا عن زيد بن وهب قال : وجد رجل عنــد
امراته رجلا فقتلها ، فرقع ذلك الى عمر بن الخطاب
- رضي الله عنه - فوجد عليها بعض اخوتها فتصدق عليه بنصيبه
فأمر عمر - رضي الله عنه - لسائرهم بالدية (١) .

١٢٦ - وجه الدلالة في هذا الأثر :

ان العفو من أحد اخوة المقتولة فرع ثبوت الحق له ، والا لما
صح عفو ، وقد سبق بيان ذلك في الأثر السابق ، كما انه يرد عليه
ما ورد على سابقه من مناقشة .

١٢٧ - ومن المعقول :

ان الانسان بالموت تخرب ذمته ومن ثم لا يكون أهلا لوجوب
الحقوق ولا للتحمل بالالتزامات ، ويمكن أن يرد هذا بأن المسـوت
لا يترتب عليه خراب الذمة بالكليسة ، لأنها أمر فرضي اعتباري يتصور
بقاؤه بعد الموت لسداد الديون ، وثبوت بعض الحقوق التي وجدت
اسبابها حال حياته .

١٢٨ - أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه من السنـة
والمعقول :

(١) أخرجه البيهقي في سننه ، وعبد الرزاق في مصنفه ، راجع
السنن الكبرى - للبيهقي - ج ٨ - ص ٥٩ ، ومصنف عبد الرزاق
نفس المكان السابق .

أما السلسلة :

بدا روى أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " من ترك حقاً فلورثته " (١).

١٢٩ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الحقوق التي يخلفها المورث كالأموال الموروثة عنه من ناحية أنها تثبت له ابتداءً ، ثم تنتقل بعد موته الى ورثته ، والانتقال بالموت فرع الثبوت للمورث ، فلو لم تثبت له ما انتقلت الى الورث ، ومن الحقوق التي تثبت للمورث القصاص.

(١) رواه البخارى ومسلم عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في خطبته : من خلف مالا أو حقاً فلورثته ومن خلف كلا أو دهنًا ، فكله الى ودينه علي ، وقد ورد الحديث بروايات عن الطبراني ، وفي أسناده سعيد الانصارى وهو متروك ، راجع : نصب الرأية - ج ٤ - ص ٨٥ ، ونيل الأوطار ج ٥ - ص ٢٣٨ ، وقد ذكر في الاصطلاح لأبي المظفر ابن السمعاني - منصور بن محمد بن عبد الجبار المتوفى سنة ٤٨٩ هـ - مخطوط بمعهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة - اصول فقه شافعي - ص ٨٢ ، كما ذكره الزركشي في كتاب القواعد في الفروع ، مخطوط بمكتبة الأزهر - رقم ١٩٥٣ مسلسل ٢٤٧ ، مغاربة - ص ٨٤ ، وقد اورد السمعاني بلفظ : مالا أو حقاً ، وقد ذكر الكمالي ابن الهمام ان لفظ حقاً زيادة في الحديث ، لم تثبت عندهم راجع : فتح القدير - ج ٦ - ص ٣١٩ .

وقد حققه العلامة الألباني فقال : حديث : من ترك حقاً فلورثته . صحيح ، وهو من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - الذي أخرجه البخارى ومسلم وابن ماجه وأحمد عن طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن رضي الله تعالى عنه ، راجع : ارواء الغليل - ج ٥ - ص ٢٥٨ وما بعدها .

١٣٠ - مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بما ذكر المالكية بأمرين :

الأول : انه خبر غير معروف ، وليس له أصل في كتب السنن
وإذا كان كذلك لا تقوم به حجة (١) ، وهذه المناقشة أيضا يمكن ردها
بأن الحقوق ذات الطبيعة المالية حكمها حكم المال ، وإذا كانت
كذلك فإنها تنتقل الى الورثة عملا بحديث النبي - صلى الله عليه
وسلم - : " من ترك مالا فلورثته " (٢) ، وانتقالها الى الورثة فرع ثبوتها
في ذمة المورث ابتداء .

الثاني : وعلى فرض ثبوته ، فإن الحقوق لا تورث عيسى
اطلاقا ، وإنما منها ما يورث ، ومنها ما لا يورث ، يقول القرافي :
" روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - انه قال : " من مات عن
حق فلوارثه " ، وهذا اللفظ ليس على عمومه ، فمن الحقوق ما ينتقل
الى الوارث ومنه ما لا ينتقل ، بل الضابط لما ينتقل اليه . ما كان
متعلقا بالأموال أو ما يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف المسه ،
وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل الى الوارث " (٣) ،
ولما كان القصاص متعلقا بنفس المورث فلا ينتقل الى الوارث كما يقسول
القرافي .

(١) شرح الخرشي - ج ٨ - ص ١٦٥ ، وحاشية الدسوقي على

الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٧٤ ، باب أحكام الولا .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما : راجع : فتح

الباري - ج ١٢ - ص ٩ ، وصحيح مسلم بشرح النووي - ج ١١ -

ص ٦٠ ، وسنن ابن ماجه - ج ٢ - ص ٩١٤ ،

(٣) الفروق للقرافي - ج ٣ - ص ٢٧٦ ، والقواعد لابن رجب

ص ٣٤١ وما بعدها .

١٣١ - رد هذه المناقشة :

ويمكن رد هذه المناقشة بما ذكره الفقهاء من أن القصاص حـق مالى باعتبار مآله ، والشئ قد يأخذ حكم غايته تغليباً للمآلات ، وقد وضع الزركشي ضابطاً للحقوق التى تورث حتى يميزها عن غيرها . حيث قال : " الضابط أن ما كان تابعاً للمال كخيار المجلس ، وحـق المشفعة ، فإنه يورث ، وكذلك ما يرجع للتشفي كالقصاص ، لأنـسـه يؤول الى مال وكذا حد القذف ، وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والارادة . كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي ، لا يقوم الوارث مقامه في التعيين ، وكذا اذا طلق احدى امرأته لا يعينها ثم مات وكذا اللعان ، اذا قذف الموروث زوجته ثم مات لم يـقـم الوارث مقامه في اللعان ، لأنه من توابع النكاح وهو ايضا يرجع الى الشهوة (١) ، واذا كان القصاص راجعاً للتشفي كما يقول الزركشي ، فإنه يورث ، ووراثته فرع ثبوته للمورث . الأمر الذى يدل على ثبوت الحق له فيه أصالة ، ثم ينتقل بطريق الوراثة الى ورثته .

١٣٢ - دليلهم من المعقول :

أن الحق في القصاص سببه هو الجناية ، والجناية قد وقعت على نفس المقتول ، واشمرت نتيجةها حال موته ، فيضاف الحق السببي سببه والسبب قد وجد حال الحياة ، وهي فترة تصلح لاعتبار تعلـق الحق به ، فيكون الحق في القصاص على حكم ملكه الثابت ، طالما أن الوفاة قد تحققت بسبب الجناية (٢) .

(١) القواعد - للزركشي - السابق - ص ٨٣ ، وما بعدها ،

راجع : حاشية الرهلي - على أسنى المطالب - ج ٣ - ص ٣ .

(٢) بدائع الصنائع - للبكاساني - ج ٧ - ص ٢٤٨ .

١٣٣ - الرأى الراجع :

ويبدو من خلال النظر في مضمون كل قول ، وما ورد بشأنه من أدلة ، ان القول الثاني ، وهو القائل بأن حق القصاص يثبت للمجنى عليه أولاً ، هو الراجع ، ذلك ان أدلة القول الأول ، لم يستدل منها على منع ذلك ، كما ان ما اتفق عليه الفقهاء من جواز عفو المجنى عليه عن الجناية وما تسرى اليه ، يدل ابلغ دلالة على أن الحق حقه ، وان كانت اقوال الفقهاء في كلا الرأيين متداخلة بما يعطى للدارس قناعة ان الخلاف اقرب منه الى الخلاف الشكلي دون الخلاف الموضوعي ، لكن ترجيح القول الثاني الذي نميل اليه ، يؤدي الى ثلاث نتائج في غاية الأهمية .

١٣٤ - الأولى : ان ثبوت حق القصاص للمورث ابتداءً يؤدي الى تقديم ديون المجنى عليه عن استحقاق الورثة في حالة البذل وهو الدية ، بحيث لا تنتقل الدية الى الورثة الا بعد سداد الديون ، وفقاً للمبدأ المعروف : لا تركة الا بعد السداد الديون .

١٣٥ - الثانية : ان مقدار التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الألم الناتج عن وفاة المضرور يجب بالضرورة ، ووفقاً لتلك النتيجة ان يتحدد بما حدده الشارع عوضاً عن النفس وهو الدية بحيث لا يتجاوز مقدار التعويض الواجب عما حدده الله ورسوله ، اللهم الا اذا رضيت العاقلة بزيادة الورثة عن طيب نفس ، يدل على ذلك ما ذكره صاحب سبل السلام في شرح حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : من قتل له قتيل فاهله بعد مقاتلي هذه بين خيرتين ، اما ان يأخذوا او يقتلوا (١) . حيث قال : قال في الهدى النبوى :

(١) رواه أبو شريح الخزاعي ، واخرجه أبو داود والنسائي ، وأصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة ، راجع : سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٦٦ .

ان الواجب أحد الشئيين ، إما القصاص أو الدية والخيرة في ذلك في أربعة اشياء : العفو مجانا ، أو العفو الى الدية أو القصاص ولا خلاف في تخييره بين هذه الثلاثة ، والرابعة : المصالحة على أكثر من الدية ، وفيه وجهان :

احدهما : اشهرهما مذهبنا ، أى للحسابلة جوازه .
الثاني : ليس له العفو على مال الا الدية أو دونها ، وهذا أرجح دليلا (١) .

١٣٦ - الثالثة : ان جهة استحقاق التعويض ستحدد وفقا لما قرره الشارع فسي الميراث بحيث يكون توزيع الدية عليهم بحسب استحقاقهم في الارث دون اعتبار لمعيار آخر من صلة القرى أو المودة أو الصداقة ، وهذا ما جنحت عنه الكثرة من التشريعات الوضعية .

١٣٧ - ثانيا : وقت ثبوت القصاص في الجناية على ما دون النفس :

واذا كانت مسألة وقت ثبوت القصاص قد اثارت هذا الخلاف بين الفقهاء في وجهات النظر حولها ، فإن مبعث ذلك طبيعة المسألة ، وما تشيره من اثبات حق للمجنى عليه في وقت تحقق فيسه موته ، الأمر الذى جعل فريقا من الفقهاء يتساءل ، كيف يثبت حق الانسان حال خراب ذمته بالموت وعدم صلاحيتها لتعلق أى حق بها ؟ . وكان طبيعيا وأساس الخلاف بين الفقهاء في تلك المسألة يبدأ من هذا التساؤل ان يكون ثبوت القصاص فيما دون النفس في منأى عن

(١) سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٤٦٧ .

هذا الخلاف ، لأن المجنى عليه أصالة بعد الجنابة على ما دون النفس ما زال حياً ، وبحياته تكون له ذمة عامرة ، ومن ثم يكون أهلاً لاكتساب الحقوق ومنها حق القصاص فيما أصابه من تعد ، ولذلك يقرر الفقهاء أن حق القصاص فيما دون النفس يورث ، ولا يسقط بوفاة المجنى عليه ، فإذا ثبت له الحق في القصاص ولم يستوفه إلى أن مات انتقل إلى ورثته بطريق الوراثة لا بطريق الخلاف ، حيث ثبت الحق لمورثهم أولاً ، وهذا ما يظهر مما ذكره الفقهاء في المذاهب المختلفة (١) .

ويرى فقهاء الحنابلة بحق ، أن حق القصاص في الأطراف لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا طالب به المجنى عليه قبل وفاته ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن موسى ، وأما إذا لم يطالب به فإنه يسقط بموته لعدم المطالبة به (٢) ، وكذلك الأمر من باب أولى إذا كان قد سبق عفو عن الجنابة وما تسرى إليه . فإن الورثة بعد عفو لا يملكون ميراث الحق عنه ، لأنه قد أسقط الحق قبل وفاته (٣) وقد سبق بيان ذلك .

(١) راجع : تبيين الحقائق - للزيلعي - ج ٦ - ص ١١٤ ، وأسنى المطالب - ج ٤ - ص ٣٠ ، ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٦٥ ، والفروق للقرافي - ج ٧ - ص ٢٧٩ ، حيث يقول : " ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان - حسبما يعلم - حد القذف ، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع في الأعضاء ، فانهما ينتقلان للوارث وهما ليسا من الأموال ، وذلك لأجل شفا غليل الوارث بمسا حدث لمورثه من جراء الجنابة عليه " .

(٢) القواعد لابن رجب - ص ٣٤١ وما بعدها .

(٣) المغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٥٠ .

(الفرع الثاني)

الوقت الذي تثبت فيه الدية

١٣٨ - تعتبر الدية من الحقوق المالية التي تجب للمجنى عليه تعويضا عما اصابه من ضرر هو في طبيعته غير مالى اصلا ، وهي تطلق على المال الذي يدفع نظير فقد المقتول حق الحياة أو حقه في سلامة جسده ، وقيل : ان الدية تطلق على المال الواجب فيما دون النفس ايضا ، واذا كانت الدية بدلا عن الجناية على النفس ، فان الارش هو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس (١) وقد اطلق الحنفية الدية على بدل النفس ، والارش على المال الواجب فيما دون النفس ، والادق هو اطلاق الدية على المال الواجب بجناية على الحر في نفس او فيما دونها كما فعل الشافعية (٢) .

واذا كانت الدية هي المال المقدر شرعا ، في الجناية على النفس ، والارش هو المال الواجب المقدر شرعا بالاعتداء على ما دون النفس ، فان حكومة العدل هي الارش غير المقدر في الشرع بالاعتداء على ما دون النفس ، من جرح أو تعطيل وغيرهما ، ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة العدول (٣) .

ومن الواضح ان ارش الاطراف مال يثبت للمجنى عليه بسبب الجناية ، فاذا مات المجنى عليه بعد أن ثبت الحق له ، فانه يكون مالا موروثا عنه ، وينتقل بوفاته الى ورثته ، ووجه الوضوح ان حقيق الدية قد ثبت للمجنى عليه حال حياته ، ومن ثم يكون صالحا لاكتساب هذا الحق العالي بسبب ما حدث له من ضرر بسبب الجناية ، ولكن

(١) تكملة فتح القدير - ج ٨ - ص ٣٠١ ، حاشية ابن عابد -

على الدر المختار - ج ٦ - ص ٥٧٣ ، اسنى المطالب - ج ٤ ص

٤٧ ، ومعنى المحتاج - ج ٤ - ص ٥٣ .

(٢) د . وهبه الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - ج ٦ - ص ٢٩٨ ،

هامش (٢) - دار الفكر .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

الأمر مختلف بالنسبة لحالة ما إذا تقررت الدية في النفس بعد وفاة المجنى عليه ، يستوى في ذلك أن تكون الدية واجبة ابتداءً بالحنائية ، كما لو كان القتل خطأ ، أم واجبة بدلاً عن القصاص في حالة تعذر استيفائه ، أو حصول العفو من ورثة المقتول أو أحدهم ، وفي هذه الحالة يشير موت المجنى عليه تساؤلاً حاصلة : هل ينتهي حق الدية - وقد وجب للمجنى عليه بسبب الجناية - بموته ، على أساس أن أهليته لاكتساب هذا الحق قد سقطت بوفاة ، ومن ثم لا يكون له حق في نفسه ، أم يكون هذا الحق باقياً له بعد الوفاة وعلى حكم ملكه ، ومن ثم تقضى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه وما بقي بعد ذلك يوزع على ورثته ؟ . وقد اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل إلى قولين :

١٣٩ - القول الأول : للحنفية والمالكية ، وقول في المذهب الشافعي ورواية عن أحمد :

وحاصل قولهم : أن الدية سواء نشأت عن قتل عمد أم خطأ تعتبر من أموال الميت المملوكة له ، ومن ثم تكون سالحة لأن تسدد ديونه منها ، وتنفذ وصاياه ، وتقضى منها كل حوائجه ، وما يحتاجه من تجهيز وكفن ، وما يتبقى بعد ذلك يكون لورثته ، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين : " يدخل في التركة الدية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد ، أو بانقلاب القصاص ما لا يعفو الأولياء ، فتقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه " (١) ، وقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " اختلف في دية القتل العمد فقيل : إنها مال من أموال الميت ، ولا تدخل الوصايا فيها ، وعدم دخول الوصايا لعدم علمه بها حال الموت ، وقيل : إنها ليست مالا ، وإنما هي إذا قبلت مال طراً على الورثة بعد الموت ، وفي القول الثاني هذا نظر ، لاقتضائه أنه لا يقضى بها دين وليس كذلك بل يقضى دينه فالصواب هو الرأي الأول " ، ويقول ابن قدامة في المغنى : " ودية المقتول

- (١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٦ - ص ٧٥٩ .
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٣٤ ، وشرح الخطاب - ج ٦ - ص ٢٥٥ ، مطابع دار الكتاب اللبناني -

مورثة عنه كسائر أمواله ، إلا أنه اختلف فيها عن علي فروى عنه مثل قول الجماعة ، وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه ، وكان عمر يذهب إلى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - تورث المرأة من دية زوجها ، قال سعيد : حدثنا سفيان ، حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول : " كان عمر بن الخطاب يقول : الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً ، فقال له الضحّاك الكلابي : كتب إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ، قال الترمذي : حديث حسن صحيح " (١) ، ثم يقول : " روى الإمام أحمد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - : " قضى أن العقل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم " ، وبإسناده عن ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - : المرأة ترث من مال زوجها وعقله ، ويرث هو من مالها وعقلها . ما لم يقتل واحد منهما صاحبه " ، إلا أن في إسناده رجلاً مجهولاً ، وقال إبراهيم : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " الدية على الميراث والعقل على العصبه " (٢) .

ثم يقول ابن قدامة : قال أبو ثور : هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ، ولا تنفذ منها وصاياه ، وعن أحمد نحوه من هذا ، وقد ذكر الخرقى فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته ، فلموصي له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين ، والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء ، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداءً وفيه روايتان :

-
- وراجع : الأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٣٢١ ، ونهاية المحتاج وحاشية الشبراخيت عليه - ج ٦ - ص ٣ .
- (١) المغنى - ج ٦ - ص ٣٢٠ - طبعة الرياض .
- (٢) المرجع نفسه - ص ٣٢١ .

أحدهما : أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه ،
فيكون بدلها له كدية أطرافه ، المقطوعة منه في الحياة ، ولأنه
لو اسقطها عن القاتل بعد جرحه أياه كان صحيحا ، وليس له
اسقاط حق الورثة ، ولأنها مال موروث فاشبهت سائر أمواله . والأخرى
أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء ، لأنها إنما تستحق بعد الموت ،
وبالموت تزول أملك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك
وانما يثبت الملك لورثته ابتداء ، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز
منها ، أن كان قبل تجهيزه . لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه
على من عليه نفقته لو كان فقيرا فأولى أن يجب ذلك في دينه " (١) .

١٤٠ - القول الثاني : لا بن حزم الظاهري وقول من
الشافعية ، ورواية عن أحمد :

وحاصل قولهم : إن الدية تثبت للورثة ابتداء ، ولا تكون
ملكا للميت ، ولذلك لا تقضى منها ديونه ولا تنفذ وصاياه ، يقول
ابن حزم في المحلى : " لا خلاف بين أحد من الأمة كلها فسي
أن الدية موروثة على حسب المواريث لمن وجبت له " (٢) . ولكل قسول
أدلته .

أدلة القسول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه بالسنة والاجماع
وأثار الصحابة والمعتول .

(١) المغنى لابن قدامة - نفس المكان السابق .

(٢) المحلى لابن حزم - ج ١٢ - ص ٢٣٦ وما بعدها - المسألة

٢٠٨٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٣٢١ .

١ - أما السنة :

فما رواه الامام مالك في الموطأ : ان عمر بن الخطاب تشدد الناس بمنى : من كان عنده علم من الديعة ان يخبرني ، فقام الضحاك ابن سفيان الكلبي ، فقال : كتب الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ان اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ، فقال له عمر بن الخطاب : ادخل الخباء حتى أتيتك ، فلما نزل عـــــــمر ابن الخطاب ، أخبره الضحاك فقضى بذلك ، قال ابن شهاب : وكان قتل اشيم خطأ . (١)

١٤١ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية ، وكان كما يقول ابن شهاب قد قتل خطأ ، فدل ذلك على أن الدين مطوكة للمورث كماله ، بدليل ميراث زوجته منه حسبما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فان قيل ان ذلك كان في القتل الخطأ فلا يشاركه العمد في حكمه اذا صار موجه الى الديعة ، فان صاحب المنتقى يرد ذلك بقوله : " اقتضى ذلك تعلق هـــــــذا الحكم بقتل الخطأ الا دية العمد ، وانها كسائر أموال الميت يرث منها الزوج والزوجة والأخوة للأم وغيره ، وهذا مروي عن عمرو بن علي وشريح والشعبي والنخعي والزهري (٢) .

(١) أخرجه الشافعي برواية سفيان بن عيينة عن الزهري عن سعيد ابن المسيب ، راجع : الأم - ج ٦ - ص ٨٨ ، والموطأ - بهامش المنتقى للباجي - ج ٧ - ص ١٠٤ ، وابن ماجه - في سننه - ج ٢ - ص ٨٨٣ ، وصحيح الترمذی - ج ٤ - ص ٢٧ ، حيث قال : حديث حسن صحيح ، وراجع في الاستدلال به - المغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٣٢٠ .

(٢) المنتقى للباجي - شرح الموطأ - ج ٧ - ص ١٠٤ .

ويقول الشافعي : " ولا اختلاف بين أحد في أن يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت لأنها تملك من الميت ، وبهذا نأخذ فنورث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت ، وإذا مات المجنى عليه ، وقد وجبت ديته فمن مات من ورثته بعد موته كانت له حصته من ديته ، كما لو جنى عليه رجل في صدر النهار ، فمات ، ومات ابن له من آخر النهار فأخذت دية أبيه في ثلاث سنين ، فميراث الابن الذي عاش بعده ساعة قائم في ديته ، كما يثبت في دين لو كان لابي وكذلك امرأته وغيرها ممن يرثه إذا مات (١) .

١٤٢ - ٢ - وأما الاجماع :

وقد اجمع الفقهاء على أن حق الميت في الدية ثابت في حالة الجناية العمد كما هو ثابت في الخطأ ، وحكى ذلك الاجماع : صاحب المنتقى فقال : " دية العمد محمولة عند جميع فقهاء الأصهار على ذلك " (٢) ، أى على استحقاق الزوجة ميراثها منها كما جاء في حديث : امرأة اشيم الضبابي ، الأمر الذي يدل على ثبوتها للمورث ابتداءً ، كما حكى الاجماع أيضا : الشافعي في الأم فقال : " لا اختلاف بين أحد في أن يرث الدية في العمد والخطأ من ورث ما سواها من مال الميت (٣) .

-
- (١) الشافعي - الأم - ج ٦ - ص ٨٨ - وما بعدها .
 - (٢) المنتقى للباقي - نفس المكان السابق .
 - (٣) الأم - للشافعي - نفس المكان السابق ، وقد حكى الاجماع أيضا : ابن حزم في المحلى فقال : لا خلاف بين أحد من الأمة كلها في أن الدية مورثة على حسب الموارث لمس من وجبت له - المحلى - ج ١٢ - ص ٢٣٦ - وما بعدها .

فان قيل ان هذا الاجماع منقوض بما ذهب اليه أصحاب القول الثاني ، فانه يمكن القول ان مخالفة ما ثبت بالاجماع مع سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - يكون مرجوحا ، كما أن مخالفة الاجماع لا يلزم من وجودها تضعيفه ، فربما لم يعلم المخالفون به ، ولو علموا به لعدلوا عن قولهم .

١٤٣ - ٣ - ومن آثار الصحابة :

ما رواه الدارقطني في سننه ان عليا بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال : " الدية تقسم على فرائض الله تعالى فيرث منها كل وارث " (١) .

وجه الدلالة في هذا الأثر : ان تقسيم الدية على فرائض الله تعالى يدل على أنها ثابتة للمورث ابتداءً بدليل أنها تورث عنه كما جاء في الأثر .

١٤٤ - مناقشة الاستدلال بآثار الصحابة :

وقد نوقش هذا الأثر بما ذكره ابن حزم في المحلى قال : قال أبو الحسن بن اللبان : يشبه أن يكون هذا - أى ما قاله على - قولا كان يقوله فربما رجع عنه (٢) .

رد هذه المناقشة :

ومن المؤكد لدينا ان هذه المناقشة مردودة بحدِيث عَمْرٍ - رضي الله عنه - ، وبالاجماع الذي نقله ابن الشافعي ، وهذه

(١) سنن الدارقطني - ج ٤ - ص ٧٨ - دار المحاسن للطباعة بالقاهرة .

(٢) المحلى لابن حزم - المكان السابق مسألة ٢٠٨٣ ، والمنتقى شرح الموطأ - ج ٢ - ص ١٠٤ .

أدلة تبعث في النفس الطمأنينة على ما ثدل عليه ، بحيث لا يرقى
هذا القول المظنون والذي لا يفيد يقينا ان عليا قد عدل من رأيه
الى معارضه ، فضلا عن الرجحان عليه .

١٤٥ - ٤ - ومن المعقول :

وقد استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا اليه من المعقول
فقالوا : ان الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ، ونفسه له ، فكذلك
بدلها ، ولأن له بدل اطرافه في حال حياته ، فكذلك بدلها في
حال موته ، ولهذا تقضى منها ديونه ، ويجهز منها ، وانما يزول من
أملكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته ، فلا ، ولأنه
يحوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكة فسقط فيها
صيد بعد موته ، فانه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ، ويجهز فكذلك
دينه ، لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فأشبهت قضا دينه (١) .

١٤٦ - أدلة القول الثاني :

وقد استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا اليه بالمعقول
من وجهين :

الأول : ان الدية مال للأهل حدث لهم بعد موت مورثهم ،
ولم يرثوه قط عنه حيث لم يجب له شي منه حال حياته ، فمن الباطل
ان يقضى دينه من مال الورثة الذي لم يملكه هو في حياته وان تنفذ منه
وصيته (٢) .

(١) المغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٢٤٢ ، مطبعة الفجالة
بالقاهرة .

(٢) المحلى لابن حزم - ج ١٢ - ص ٢٦٣ .

١٤٧ — مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الأول :

من المؤكد ان هذا القول فيه مجافاة لسبب الحق السدي
تقرر للورثة في الدية ، حيث لا ينكر احد ان الدية قد ثبتت بسبب
الجناية عليه هو في بدنه ، وبدنه ملك له ، وبدل الملك يثبت لصاحبه
أولا ، ولا ينتقل مال الى الورثة دون تسلسله من ملك المورث .

الثاني : ان المجنى عليه تزول أملاكه الثابتة له بالموت ، فكيف
يتجدد له ملك في حال زوال الملك عنه ، ان في هذا جمعا بين
النقيضين لا يصح ، حيث لا يجتمع زوال الملك وتجدد له في آن واحد (١) .

١٤٨ — مناقشة الاستدلال بالمعقول من الوجه الثاني :

ويمكن ان يناقش ذلك : بان ملكه في الدية لم يتجدد له ،
بل هو ثابت له بحكم اضافته الى سببه وهو الجناية عليه ، ومن ثم
يكون داخلا ضمن املاكه الثابتة له حال حياته ، ومن ثم لا يكون هناك
جمع بين النقيضين ، فلا يكون غير صحيح .

١٤٩ — الرأي الراجح في نظري :

ومن خلال النظر في أدلة كل قول وما ورد عليها من مناقشات
يترجح لدينا ما ذهب اليه اصحاب القول الأول ، الذين يقررون ان
الدية مال مملوك للميت ، تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، ثم يسوّل
بعد ذلك الى الورثة ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من ورود الاعتراضات
التي تقلل من الطمأنينة اليها ، ولهذا فأنني ارجح هذا القول .

(١) المعنى لابن قدامة — السابق — ج ٦ - ص ٢٤١ .

١٥٠ - موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي :

يفرق فقهاء القانون بين الضرر الأدبي الذي يمس الانسان في تكامل حياته أو حقه في سلامة جسده قبل الوفاة ، والضرر الأدبي الناتج عنها ، ويجعلون التعويض عن الضرر الأول حقا ثابتا للمجنى عليه ، لأنه باق وذمته صالحة لاكتساب الحقوق ومنها حقه فسي التعويض عما أصابه من ضرر ، ولكن تقدير هذا الضرر الأدبي يعقد مع ما أصاب المجنى عليه من اضرار مادية أخرى كتكاليف العلاج وتوقف دخله من جراء تقاعده عن العمل بسبب الاصابة ، وحدة متكاملة حيث يجرى التعويض شاملا للجانبين المادى والأدبي ، ولو مسات المجنى عليه بعد ثبوت هذا الحق في ذمته فانه ينتقل الى ورثته ، كمال دخل ذمة مورثهم . وانتقل اليهم بعد وفاته (١) .

وبعد الوفاة ، يعتبر القانون الموت سببا في نشوء ضرر أدبي لغير المجنى عليه ممن يعيبيهم هذا الضرر بحزن والم شديد يمس لفقده ، أو بخسارة مادية تلم بهم من جراء الوفاة مبعتها ان المجنى عليه الذى مات ، كان ينفق عليهم ومن ثم فان نطاق الحق فسي التعويض بعد الوفاة تتسع دائرته لتشمل الورثة بمفهومهم المحسود شرعا ، كما تشمل معهم كل من أصابه ضرر أدبي سببه الوفاة ، وإذا كان للورثة ان يطالبوا بحقوقهم في التعويض عما أصابهم من ضرر أدبي باعتبارهم ورثة له ، فإن لغيرهم من المضرورين ادبيا بوفاته ان يطالبوا بحقوقهم في تعويض ما ألم بهم من ضرر ، لكن طريقهم في الحصول على هذا التعويض ، لن يكون بطريق دعوى الوراثة لأن شروطها لا تتوافر فيهم ، وإنما سيكون من خلال الدعوى الشخصية التى بها يتمكن كل مضرور من غير ورثة المجنى عليه أن يطالب بحقوقه من الضرر الذى أصابه بسبب الوفاة .

(١) د - سليمان مرقس - الفعل الضار - السابق - ص ١٦٩ .

ونظرا لأن حق المجنى عليه في التعويض يستلزم حتى يكون صالحا للانتقال: أن يثبت في ذمة المجنى عليه أولا بنا على مطالبته به قبل وفاته وفقا لما يقضي به القانون ، ولما كانت المطالبة المجنى عليه الذي توفي بحقه في التعويض غير ممكنة عملا فقد جرى عمل الفقه والقضاة على اعتبار ضرر الموت ضرر مادي ، يفترض ثبوته في ذمة المورث قبيل الوفاة ، حتي يتمكن الورثة من الوصول اليه ، وهذا التصوير الساذج انتهى اليه فقهاء القانون بعد تطور هو الذي انتهجه الفقه الاسلامي من خلال ما قرره الفقهاء بخصوص الوقت الذي يثبت فيه الحق للورثة في استيفاء القصاص أو استحقاق الدية في النفس والأطراف ، حيث تنتقل اليهم بالوارثة عنه على أساس انها من ضمن ما يملك ، وانهم ينتقل الى الورثة بنا على ذلك ، ومن ثم تتسم نظرة الفقه الاسلامي بالواقعية ، وعلاج مسائل الضمان بطريق مباشر يضمن وصول الحق الى من يستحقه .

... وما يتسم به موقف الفقه الاسلامي ، ذلك التحديد المنضبط لنطاق الحق في التعويض ، حيث يقتصر فيه على الورثة الشرعيين فقط دون سواهم . وفي نظرنا ان ادخال غيرهم في حيز المطالبة بالتعويض لا يقوم على سند قوى أو سبب مقنع ، فلئن كان المجنى عليه يتبرع بالانفاق على غير وارث ، فان ذلك الأمر لا ينعني بالنسبة للمضروور ان يثبت له حق في المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه ، لأن التصرفات التي تقوم على معنى التبرع تنتهي بموت المتبرع ما لم يكن قد أوصى بها قبل وفاته ، حتى تستمر بعدها ، ومن ثم لا يقوم الحق في التعويض على سند مقنع ، والمضروور أدبيا مسبب أصابهم الحزن من غير الورثة ، لا يقوم حقهم في التعويض على معيار منضبط لأن المشاعر النفسية لا تصلح أساسا يتخذ معيارا للتعويض عنها لأنها نسبية وغير منضبطة ، وتتوقف بموت المجنى عليه ، ومن المؤكد أن نسبة الحق في التعويض للورثة مبنية على سبب قوى معتبر يقوم على روابط الدم والنسب ، والقربة معيارها منضبط ومن ثم صلح أن يكون أساسا لاستحقاق حيث يغلب مع وجود القربة صدق مشاعر الحزن على موت المجنى عليه ، الأمر الذي يعكس انضباط اتجاه الفقه الاسلامي وقوة سنده في هذا الموضوع .

الفصل الثاني

الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان وسمعته .

وفيه بحثان :

المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان
وسمعه في فقه القانون .

المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان
وسمعه في الفقه الإسلامي .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعة
في فقه القانونيون

١٥١ - ومن أنواع الضرر الأدبي ما يمس الشرف ، ويصيب الانسان في اعتباره وعرضه ، وذلك قد يحصل من جراء سلوكيات خاطئة كثيرة منها : القذف والسب (١) وهتك العرض ، وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات ، والاعتداء على الكرامة ، حيث تمثل كل تلك الاعمال اضرارا أدبية تضر بسمعة المضرور وتؤذي شرفه واعتباره بسبب الخاص (٢) .

(١) يعرف القذف في فقه القانون بأنه : اسناد عمدى على لواقعة محددة ، تستوجب عقاب أو احتقار من اسندت اليه ، د . حسين ابراهيم صالح - جرائم الاعتداء على الاشخاص - ص ١٩٩ ، د . محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٥٥٥ .

وأما السب : فيعرف بأنه : عُدش شرف شخص واعتباره عمدًا دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة اليه . راجع : د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٦٤١ ، وقد عرفت محكمة النقض بقولها : السب في أصل اللغة : الشتم سواً باسناد اللفظ الصريح الدال عليه ، أو باستعمال المعارض التي تسمى اليه ، وهو المعنى الملحوظ في اصطلاح القانون الذي اعتبر السب كل الصاق لعيب أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه أو يخذش سمعته لدى غيره . نقض ١٠ / ٦ / ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ١٩٧ ص ١٠١٤ .

(٢) ومن تطبيقات هذا النوع من الضرر ان يذاع عن شخص انه مصاب بمرض خطير ، من ذلك ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية

وقد عولجت فكرة الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان واعتباره في ظل ما ظهر في الفقه الحديث من حق الانسان في سمعة طيبة يحرس عليها وتتحدد معالم مكانته الأدبية في مجتمعه من خلالها ، وفكرة الحق في السمعة ليست وليدة اليوم ، ولكنها قديمة قدم ما تواضع عليه المجتمع من تحريم كل عمل ينطوي على اخلال بشرف الانسان واعتباره ، ولكن المعالجة الفقهية للضرر الأدبي في ظل تلك النظرة كانت محكومة بضوابط التجريم والعقاب دون نظر الى الغاية المرجوة منه ، ومن المعروف أن النيل من سمعة الانسان هو المحصلة النهائية من التعدي على شرفه واعتباره بالقذف أو السب .

ومن المعروف أن الانسان العادي يحرم بحكم الفطرة على سلامة سمعته حرصه على حريته الشخصية ، أو حرصه على أئمن شئ ما يملكه في الوجود (١) ، مما يجعل هذا الحق حرياً بالمحافظة عليه وضمان أي ضرر ينال منه .

١٥٢ - أهمية الحق في السمعة :

وقد تزايدت أهمية الاعتراف بوجود الحق في السمعة في وقتنا الحديث على أثر تزايد الاعتداءات على سمعة الآخرين وتعدد صورها

بتاريخ ١٤/٣/١٩٤٩ : من أن الأمراض في ذاتها من العورات التي يحب سترها حتى ولو كانت صحيحة ، فإذاعتها في محافل عامة ، وعلى جمهرة المستمعين يسمى "الي المرضي" إذا ذكرت أسماءهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات ، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ، ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض ، المحاماة ٢٩ - ١١٧ - ٢٠٢ .

(١) د . محمد ناجي ياقوت - فكرة الحق في السمعة - ص ١ منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة الأولى ١٩٨٥ م .

ووسائلها ، ولقد كان لتقدم فن الطباعة وغيرها من وسائل الاعلام
أكبر الأثر في الكشف عن ضرورة تقييد حرية القول والتعبير والاعلام
بالقدر اللازم لحماية سمعة الافراد والعائلات من الطعن والتجريح
اذ لجأت بعض الصحف والمجلات المثيرة في سبيل زيادة نسبة
أرباحها وسعة انتشارها الى إثارة الفضائح المفتعلة ، واستخدام
أسلوب العنف والطعن والتجريح ، أو الإهانة والسخرية والتشهير
فيما تنشره من أخبار أو آراء أو تعليقات بحجة إشباع شوق الجماهير
الى معرفة كل جديد ومثير وطريف مما يجرى في المجتمع من أمور ،
وقد انعكس أثر ذلك على دعاوى المسؤولية المدنية والتعويض ، حيث
شهدت السنوات القليلة الماضية تزايد ملحوظا في عدد دعاوى
المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الاعتداءات على السمعة أو الشرف
أو الاعتبار ، وعرضت نسبة كبيرة من هذه المنازعات على القضاء
المستعجل ، كوسيلة لتجنب الفضائح ، ومنع تفاقم هذه الأضرار
أو استمرارها بالنسبة للمستقبل (١)

١٥٣ - تعريف الحق في السمعة :

والسمعة لغة : من التسميع ، وهو ما يسمعه الناس عن
الشخص مما يقال أو يكتب عنه ، ومنه : سمع به تسميعا ، أى شهير
به ، وفي الحديث من فعل كذا سمع الله به (٢) ، أى هتك ستره وفضح
أمره .

وفي اصطلاح الفقه : آثار تعريف الحق في السمعة كثيرا
من الصعوبات ، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين طائفتين من
التعريفات تضم كل طائفة منهما بين دفتيها اتجاهين متقابلين ، أما

(١) المرجع السابق - ص ٤ .

(٢) مختار الصحاح - ص ٣١٤ ، وراجع : لسان العرب - ج ٨ -

الطائفة الأولى فإنها تتردد في تعريفها لحق السمعة بين مدلولين: احدهما شخصي، والثاني موضوعي ، بينما تدور الطائفة الثانية بين التوسع أو التضييق في نطاق هذا الحق (١) ، ووفقا للمدلول الشخصي يعرف الحق في السمعة ، أو ما يشار إليه أحيانا باسم الحق في الشرف ، أو الحق في الشرف والاعتبار ، بأنه : " شعور كل شخص بكرامته الشخصية ، واحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحتراما متفقين مع هذا الشعور ، فهو عاطفة مركوزة في صميم الشخص تخلع عليه احترامه لنفسه عن طريق شعوره بأداء واجبه ، أو شعوره شعور ذاتي بالكرامة الشخصية يتضمن معنى الرغبة في الحصول على احترام الغير (٢) .

ووفقا للمعيار الموضوعي ، يعرف الحق في السمعة بأنه : المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع ، وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة ، أي أنه يعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية (٣) .

-
- (١) د . محمد ناجي ياقوت - السابق - ص ١٨ .
 - (٢) المرجع والمكان السابقان . وراجع : د . عبد الحى حجازى - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٤١ حيث يعرفه بأنه : مجموع القيم المعنوية التي يخلعها الشخص على نفسه .
 - (٣) د . محمود نجيب حسنى - قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٤٩٧ - طبعة ١٩٧٨ م ، د . عبد الحى حجازى - المرجع نفسه ، حيث يعرفه بأنه : تقدير الناس للشخص ، أو هو الذمة المعنوية ، المشتقة من تقدير الناس ، وهو بمعنى أعم السمعة .

كما يعرف الحق في السمعة من ناحية تردده بين مفهومين احدهما : مضيق والثاني موسع ، وتقوم التفرقة بينهما - كما يتضح من اسميهما - على أساس الاختلاف في تحديد نطاق هذا الحق تضيقا أو اتساعا ، ووفقا للمفهوم الضيق ، يعرف الحق في السمعة بأنه : حق الشخص في الاتذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو إلى كراهيته واحتقاره أو الهزء به في نظر الآخرين ، أو تسبب نفورهم منه (١) .

ووفقا للمفهوم الموسع يعرف الحق في السمعة بأنه : حقيق الشخص في الاتذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو إلى انقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير واحترام وحسن ظن أو ثقة أو تثير ضده مشاعر أو آراء معادية مخجلة أو مشينة أو غير مرضية ، ويهدو من هذا التعريف ان مفهوم الحق في السمعة لا يقتصر على مجرد منع تعريض صاحبه للكراهية والاحتقار أو السخرية والنفور فحسب ، بل يمتد ليشمل مع ذلك كله أمور أخرى كثيرة مثل عدم جواز تعريض الشخص لآراء أو مشاعر أو نظرات من الغير تتضمن معنى الشفقة به أو الرثاء لسيئه أو العطف عليه (٢) .

١٥٤ - اتجاه التشريع المصري والقضا :

ويظهر من استقراء نصوص التشريع المصري أنه قد جنح إلى الاتجاه الموسع كما أن أحكام القضا هي الأخرى جاءت تأكيداً لهذا الاتجاه .

(١) د . محمد ناجي ياقوت - السابق - ص ٢٠ .

(٢) المرجع والكان السابقان .

يدرك ذلك من مطالع ما تنص عليه المادة ٣٦ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الواردة في حماية حق المؤلف ، حيث أن هذه المادة تتكلم عن الشرف والاعتبار والسمعة أو الوقار بما يدل على أن المشرع قد اختار تعريف هذا الحق بمفهوم واسع ، يشمل الحفاظ على وقار الشخص ، فضلا عن كرامته وشرفه واعتباره . ومن الواضح أن للوقار مدلولاً أوسع بكثير من مدلول الكرامة والشرف والاعتبار وفي هذا الإطار يجبي نص المادة ٣٠٢ من تقنين العقوبات المصري ، فإن عبارة تلك المادة تستقيم هي الأخرى مع الاتجاه الموسع لتعريف الحق في السمعة فهي لم تكتف بتحريم القذف في حالة اسناد واقعة مستوجبة للاحتقار بل جرمت القذف حتى في حالة اسناد واقعة تستوجب عقاب السند اليه ولو لم تكن تستوجب احتقاره .

وقد ورد في المذكرة الايضاحية لنص المادة ٥٠ من التقنينين المدني التي تتكلم عن حماية السمعة الأدبية للشخص ما يستقيم بوضوح مع هذا الاتجاه ، حيث أنها وهي تتكلم عن حماية السمعة الأدبية للشخص ، قد عدلت عن تعبير الشرف والاعتبار الى تعبير السمعة الأدبية (١) .

١٥٥ - واتجاه القضاء المصري يسير في هذا الاتجاه ، حيث يتوسع في نطاق الحق في صون السمعة ، وقد جاءت احكام كثيرة تقضي بتوافر المسؤولية الجنائية عن المساس بالسمعة في حالات لا يوجد فيها اعتداء على الشرف والاعتبار بالمعنى الضيق للكلمة (٢) وذلك كما في حالة نسبة الجنون أو التشوهات والعاهات البدنية الطبيعية مثل العمى والعور والعرج ، أو القول عن المدعى أنه قبيح الوجهه

(١) المرجع السابق - ص ٢٤ ، وما بعدها ، وراجع : د . عبد الحى حجازى - المرجع والمكان السابقان ، د . حمدى عبد الرحمن

- فكرة الحق - ص ٦٢ - دار الفكر العربي .

(٢) د . محمد ناجى باقوت - المرجع نفسه - ص ٢٥ .

أو عاجز جنسيا (١) ، أو أنه مريض بمرض وراثي أو خطير ، حتى ولو كان غير قابل للانتقال بالعدوى (٢) ، أو اذاعة أن محاميا قد اعتسدى عليه بالضرب في مكتبه ، أو في حالة اقتفاء أثر إحدى السيدات في الطريق ، أو توجيه عبارات الغزل اليها في مكان عام (٣) أو تمسني الشر للمدعى ، كما لو قال : فليسقط المدير ، وليمت المدير ، حيث ينطوي ذلك التمنى على معنى الإهانة (٤) ، وهكذا يتضح أن اتجاه القضاء المصري ينحو منحى التوسع في معنى الحق في السمعة على النحو الذي يتجه إليه التشريع .

وعلى ضوء اتجاه التشريع والقضاء في مصر ، ظهرت محاولات لتعريف الحق في السمعة روعي فيها التأكيد على أهمية المدلول الموضوعي لهذا الحق ، فضلا عن الإشارة إلى الأخذ بالاتجاه الموسع لنطاقه ، حيث يعرف الحق في صون السمعة بأنه : هو الحق في تكامل الذمة المعنوية المستمدة مما يتمتع به الشخص من تقدير نفسي نظر الآخرين ، وما يتفرع من ذلك من حق في أن يعطى الشخص الاحترام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية والا يتعامل على نحو يحسب بهذه المكانة ، أو يسبب هزأ الآخرين به أو اعراضهم عن التعامل معه ، أو انقاص ثقتهم فيه (٥) .

-
- (١) د . محمود نجيب حسني - السابق - ص ٦٤٦ .
 - (٢) حكم محكمة مصر الكلية الوطنية بتاريخ ١٤ / ٣ / ١٩٤٩ م - السابق الإشارة إليه .
 - (٣) نقض مصري في ١٦ / ١ / ١٩٦٢ ، س ١٣ ق ١٣ - ص ٤٧ .
 - (٤) نقض مصري في ١٦ / ٦ / ١٩٥٢ م ، س ٤ ، ق ٣٥٥ ، ص ٩٩٦ .
 - (٥) نقض مصري في ١٤ / ١٠ / ١٩٤٧ م ، ج ٧ - ق ٣٩٤ ، ص ٣٧٦ .
 - (٦) د . محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٢٥ وما بعدها .

١٥٦ - عناصر الحق في السمعة :

وسمعة الانسان تعتبر قيمة مركبة ، تتعدد عناصرها بتعدد جدارة الشخص بالاحترام ، كما انها ترتبها غالبا بالعديد من الصفات التي تحدد الامكانيات التي تؤهل صاحبها للتمتع بهذا الاحترام ، ويمكن التمييز بين مجموعتين من هذه الصفات ، تضم احدهما كافة الصفات الفطرية التي تنبع عن الشرف والكرامة الادمية ، والتي تحدد صلاحية الفرد لاداء واجباته العامة كإنسان ، وتتضمن المجموعة الثانية كافة الصفات المكتسبة التي ترتبط بالاعتبار الاجتماعي ، أو العزلة الاجتماعية ، والتي تحدد صلاحية الشخص لاداء واجباته الخاصة التي تفرضها عليه علاقاته بالآخرين ، ومن ثم تتحدد عناصر الحق في السمعة فسي جانبين (١) :

١٥٧ - أولهما : الجانب الموضوعي أو الشرف :

وهذا الجانب يفترض تساوى الناس جميعا فيه ، اذ هو عبارة عن مجموعة السمات أو المكنات التي تمثل قدرا أدنى من القيم الأدبية يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد يحكم كونه آدميا ، فالقانون الوضعي يعترف لكل إنسان من حيث هو إنسان بالحق في أن يطلب من الغير أن يحترم كرامته الادمية (٢) .

(١) د . محمد ناجى ياقوت - المرجع نفسه - ص ٢٦ .

(٢) د . عبدالحى حجازى - السابق - ص ٤١ وما بعدها .

ومعنى موضوعية هذا الجانب : ان يتجرد كلية عن التأثر
بظروف صاحبه أو برأى الآخرين فيه ، فيستوى أن يكون صاحب
الحق صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا ، شريفا أو خارجا عن القانون (١) .

ويتكون هذا الجانب من عناصر عدة يمثل كل واحد منها صفة
من تلك الصفات العامة التي يتوقف عليها تكامل كرامة الانسان واحترامه
وفقا للمجرى العادى للأمر ، مثل الأمانة ، النزاهة ، والشجاعة
والإخلاص والصدق ، والاستقامة ، والمحافظة على العرض والحياء
والتمسك بمبادئ الدين والأخلاق ، فالإنسان العادى مهمـمـا
تواضعت وظيفته الاجتماعية يفترض فيه التمتع بحد أدنى من هـمـمـه
الصفات التي تكفل احاطته بقدر من الاحترام يجب أن يتواتر لكسـل
فرد لمجرد وجوده في المجتمع (٢) .

١٥٨ - ثانيهما : الجانب الشخصي أو الاعتبار :

وللحق في السمعة جانب شخصي الى جوار جانبه الموضوعي ،
ويقصد بالجانب الشخصي أو ما يطلق عليه عادة اسم : " الاعتبار "
حميلة الرصيد الأدبي أو المعنوي الذي يكون الشخص قد اكتسبه
تدرجيا من خلال علاقاته بغيره أي مجموعة الميزات أو المكنات التي
يستمد منها الفرد من منزلته التي بلغها بين جماعة من الناس ينتمى
اليها ، كأفراد أسرته ، أو جيرانه في المنطقة التي يسكن فيها ،
أو زلا مهنته ، أو جمهوره اذا كان نجما من نجوم الأدب أو الفن ،
أو الرياضة ، أو السياسة .

(١) د . محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٢٧ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

ومعنى شخصية هذا الجانب هو توقفه على عدد من الاعتبارات الذاتية التي يجب مراعاتها تجاه شخص معين ، كاعتبارات العائلية ، أو الوظيفية ، أو العلمية ، أو الوطنية ، أو العالية (١) ويمكن التمييز في هذا الصدد بين اعتبارات ثلاثة :

١٥٩ - الأول : الاعتبار الخاص :

والاعتبار الخاص يتكون من جميع العناصر التي يقيم الناس على أساسها صلاحية الشخص لأداء واجباته المتعلقة بشئون حياته الخاصة ، فهو وليد التقدير الذي يصيبه الفرد في بيئته خارج نطاق حياته العامة ، ويتحقق الاعتداء على الاعتبار الخاص للشخص بأبسط وسيلة من شأنها أن تشير الشك حول توافر هذه الصلاحية المذكورة لديه ، أو تنكر عليه بعض الصفات التي تؤهله لذلك ، ويعتبر الاعتبار الأسرى والعائلي من أهم صور الاعتبار الخاص (٢) .

وقد قضى بتحقيق الاعتداء على الاعتبار العائلي للمدعى الذي أذيع عنه أنه يتزوج النساء ، ويطلقهن طمعا في أموالهن ، وإن زوجته طلبت الطلاق منه لعجزه الجنسي ، وإنه سمع لزوجته بأن تتخلى عن شيقا ، أو أنه كان يعاشر زوجته معاشرة غير شرعية قبل الزواج (٣) أو أنه فقد عقله نتيجة للآلام النفسية التي يعاني منها في حياته العاطفية (٤) ، أو أنه الابن غير الشرعي لأحد الشخصيات المرموقة في المجتمع (٥) .

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | المرجع نفسه - ص ٢٨ . |
| (٢) | المرجع نفسه - ص ٢٩ . |
| (٣) | حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٨/٢/٥ ، س ٢٩ ، ق ٢٤ ، ص ١٣٢ . |
| (٤) | حكم محكمة باريس الاستئنافية في ٢٨٩٨/٤/٧ ، سيرى ١٨٩٨ - ٢ - ٥٠١ . |
| (٥) | نقض جنائي فرنسي في ١٩٠٠/١١/١٥ ، د اللوز ١٩٠١ - ١ - ٢٨٦ . |

١٦٠ - الثاني : الاعتبار المهني :

والاعتبار المهني هو مجموعة القيم الأدبية التي يتمتع بها الفرد في مجال نشاطه الوظيفي أو حصيلة رصيد المعنوي من كفاءة وقدرة في نطاق مهنته التي يمارسها ، ولقد ترتب على تعدد المهن واختلاف طبيعتها ، وتباين القواعد التي تحكم مزاولتها ان أصبحت كل مهنة أو حرفة أو وظيفة معينة تتطلب فيمن يمارسها صفات أدبية أو علمية أو فنية معينة لا يستطيع بغيرها مزاوله العمل . وذلك كالجارة والطب والمحاماة والتدريس والقضاء وغير ذلك من المهن ، فان كل مهنة له متطلباتها الخاصة من الامانة أو العلم والخبرة أو الاخلاص ، وهكذا يكون لكل من يمارس مهنة الحق في تكامل اعتباره المهني أو الوظيفي ، أي في الا ينكر عليه الغير احدى الصفات الأساسية اللازمة لاستطاعة ممارسة هذه المهنة أو تلك الوظيفية (١) ويتحقق الاعتداء على الاعتبار المهني للشخص بأي فعل من شأنه التشكيك في صلاحية هذا الشخص لممارسة مهنته التي يزاولها ، كالقول عن طبيب بشري : انه جزار لا يؤمن على علاج كلب . أو ان خبرته تقل عن خبرة الممرض الذي يعمل لديه ، أو اشاعة ان مدرسا حكم بسلوكه المشين مع تلاميذه ، أو ان محاميا أهمل في الدفاع عن المتهم لأنه ندب من قبل المحكمة ، أو ان واعظا دينيا ارتكب أفعالا ملنية فاضحة ، وان قاضيا يجمع بين عمله القضائي والأشتغال بالتجارة ، أو التشكيك في أن أدبيا معيناً ، هو الذي يؤلف قصصه ورواياته المنشورة باسمه ، أو أن موظفا عاما استغل سلطات وظيفته في اغراض غير مشروعة أو تقاضى مبالغ كبيرة على سبيل الرشوة (٢) .

-
- (١) د . محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٣٠ .
(٢) المرجع والمكان السابقان ، والأحكام المشار اليها فيه -
الهوامش من ١٥٤ - ١٦٩ .

١٦١ - الثالث : الاعتبار السياسي :

ويقصد بالاعتبار السياسي للشخص : حصيلة الرصيد السذّي يتكون من صفاته وأخلاقه وتصرفاته في مجال ممارسته اليومية لحياته السياسية ، ويمعد هذا الاعتبار من أهم الاعتبارات جميعا لأنه يحتل مكان الصدارة منها في مجال التطبيق القضائي ، لا سيما فيما يتعلق بالمنازعات المترتبة على بعض المناقشات السياسية الحادة التي تثور عادة في أثناء فترات المعارك الانتخابية ، وتدق التفرقة فيما يتعلق برجال السياسة بوجه عام بين ما يمعد مساسا باعتبارهم السياسي ، وبين ما لا يمعد وأن يكون ممارسة مشروعة للحق في آرائهم ونقد تصرفاتهم ، ومما يزيّد الأمر صعوبة أن العادة قد جرت على استعمال أسلوب السخرية اللاذع ، أو التهكم المرعند تبادل الآراء في شأن بعض المسائل السياسية (١) .

ويهدو أن الضابط الصحيح الذي يجب التعويل عليه عند اجراء مثل هذه التفرقة يتمثل في نقطة معرفة : هل تضمنت العبارات المستخدمة أفكارا لبعض الصفات الأساسية التي يجب أن تتوافر فيمن يشتغل بالعمل السياسي ، مثل صفات الاخلاص للوطن ، والمبادئ ، أو البرنامج السياسي المعلن ، والصدق في مخاطبة الجماهير والانتما إلى الأحزاب التي يعترف بها النظام القانوني دون غيرها ، وتضمنت بالتالي تشكيكا في أهلية المدعى لمزاولة العمل السياسي الذي يناد به ، ومن ثم الاخلال باعتباره السياسي عند انصافه

(١) المرجع نفسه - ص ٣٢ .

وتؤيده ، أم اقتصر أثر هذه العبارات على مجرد التشكيك في مدى مهارة المدعى وتفوقه ونجاحه فيط يقدمه من مشروعات وبرامج سياسية ، أو الطعن في موهبته أو قدرته وتفانيه في مباشرة الشؤون العامة ، أو إثارة الشك حول المجد السياسي الذي فاز به من وراء ذلك كله ، لا يقصد الحط من اعتباره ، بل لتقييم آرائه وأعماله في سبيل النفع العام استعمالاً لحق النقد (١) .

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه : " متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على اسناد وقائع للمجنى عليه هي أنه مقامر بمصير أمسية وحياة شعب وأن التاريخ كتب له سطوراً يخجل هو من ذكرها ، وأنسه تربي على موائد المستعمرين وأنه يسافر إلى بلاد الانجليز ليمرغ كرامته مصر في الأحوال وليخترع نوعاً من التسويل هو الاستجداء السياسي " ، فإنه يكون مستحقاً لعقوبة القذف المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات ، إذ أن عبارات المقال تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من نسبت إليه قانوناً أو احتقاره عند أهل وطنه ومن الخطأ اعتبار هذا المقال نقداً مباحاً لسياسة المجنى عليه وقع تحت حسن نية (٢) .

١٦٢ — صور الاعتداء على الحق في السمعة :

وإذا كان الضرر الأدبي متضمناً لخطأ ينال من سمعة المعتدى عليه وشرفه ، فليس من الضروري أن يكون المعتدى سيء النية ، بسبل يكفي أن يكون أرعن متسرعاً وفي الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك

- (١) المرجع نفسه - ص ٣٢ وما بعدها .
- (٢) محكمة النقض المصرية في ١٥/٦/١٩٤٨ م - مجموعة القواعد القانونية - ج ٧ - رقم ٦٤١ - ص ٦١٢ ، ويلاحظ أن المدعى عليه إذا قال عن رجل السياسة : إنه فاشل أولاً تؤيده الأقالق ضئيلة من الناس ، أو أن أنصاره هم ضالة الناس وجهالهمم أو أن مشروعاته السياسية تدل على الجهل وسوء التقدير ، لم يكن في ذلك مساس بالاعتبار السياسي للمدعى عليه طالما أن هذه الأقوال لم تصدر عن حقد أو كراهية أو ضغينة بل عن عقل وتحليل وانصاف بغية تحقيق الصالح العام ، وراجع : د . محمد ناجي ياقوت - المرجع نفسه - ص ٣٣ .

المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية ، والاعتداء على الشرف والسمعة قد يقع بطرق مختلفة . فقد يقع عن طريق النشر في الصحف والمجلات بالسب والقذف حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط ، ولكن يراعى عدم التشدد في اعتبار ما ينشر في الصحف سباً أو قذفاً في بعض الظروف التى تقتضى الاطلاق مسن حرية الصحافة من أجل الصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب ، وظروف الانتخابات ، وفي الحلات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير مسن فساد منتشر ، وفي النقد العلمى والفنى الجرى (١) .

وقد يقع الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق البلاغ الكاذب وليس سوء النية شرطاً في المسئولية التقصيرية ، كما هو شرط في المسئولية الجنائية ، فقد يحفظ البلاغ الكاذب ، ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ، ولو أنه لم يكن سيئ النية ، كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائياً ولا مدنياً لأنه لم يكن سيئ النية ، ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً (٢) ، ويكفى لنفى التسرع والرعوننة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ، ولو لم يكن صحيحاً في الواقع ، ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ ، فلا يكفي أن تكون الدلائل قد القست في روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى في روع الشخص العادى المجرد عن الظروف

(١) السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٣٥ فقرة ٥٤٩ ، والأحكام المشار إليها بالهامش ، د . محمد ناجى ياقوت - السابق - ص ٣٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق - ص ٨٢٦ .

الداخلية التي تحيط بالمبلغ (١) ، كما يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المعنى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (٢) .

وقد يقع الاعتداء عن طريق اذاعة أخبار غير صحيحة أو اشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيلة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والاشاعات قبل اذاعتها ، كما يقع الاعتداء عن طريق اعطاء معلومات كاذبة بسوء نية أو رعونة ، ولكن المصلحة التي تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بنا على طلب قدم لها في هذا الشأن لا تكون مسئولة (٣) ، ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبنا على طلب معين (٤) .

١٦٣ - صور أخرى للضرر الذي ينال من حق السمعة :

وهناك حالات أخرى يقوم فيها الضرر الأدبي صاحبها للضرر الطدي ، ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجساري مقارب للأسم التجارية المزاحم ، وقد يقع الضرر الأدبي بنشر اشاعات كاذبة عن المزاحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر ، وغير ذلك

(١) وذلك على نحو ما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٢/١٢/١٩٢٧ م حين ذهبت الى أن المبلغ اذا كان موظفا من موظفي الأمن العام فلا مسئولية عليه اذ هو مبلغ قبل أن تثبت من صحة الخبر ، اذا قامت عنده شبهات جدية كافية ، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون .

(٢) الاستاذ مصطفى مرعي - في المسئولية المدنية - فقرة ٨٥ ، والسنيورى ، الوسيط - نفس المكان السابق .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦/١٢/١٩٢٣ - المحاماة

٤ - ٤١٢ - ٥٣٨ .

(٤) الوسيط للسنيورى - السابق - ص ٨٢٧ .

من وسائل المنافسة غير المشروعة ، ومنها الاجراءات القضائية الكيدية ، كالدعاوى والدفع الكيدية ودعاوى الاقلاص الكيدى ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن انكار الأخت لأخيها يعد دفاعا كيديا . فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الانكار ، وهي المصاريف التى صرفت فيه في سبيل اثبات وراثته ، وتلزم أيضا بتعويض الضرر الأدهى الذى أصاب أخاها بسبب انكارها (١) .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م شار إليه في الوسيط للسنهورى - ج ١ - ص ٨٣١ هامش (٤) ، وراجع مصطفى مرعى بك - في المسؤولية المدنية فقرة ٨٦ . د . عبد المنعم فرج الصدة - السابق - نفس المكان .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الذي يظل من شرف الإنسان
وسمعتة في الفقه الاسلامي

١٦٤ - والتشريع الاسلامي يحرص على حماية الانسان مما
يمن شرفه وعرضه واعتباره ، ولذلك حرم الاسلام القذف وشرح حـ
العقاب عليه ، وجعل الحق في دفع العار عن المقذوف له في حياته
وينتقل من بعده لورثته ، حتى يتمكنوا من دفع العار عنه ، كما
حرم الغيبة ، وقد تكلم الفقهاء على فسخ الخطبة ومدى ما يحققه
ذلك الفسخ من ضرر أدبي يستوجب التعويض ، ونود أن نبرز موقف
الفقه الاسلامي وذلك في مطلبين .

(المطلب الأول)

طبيعة القذف وتحريم الاسلام له

١٦٥ - القذف في اللغة : هو الرمي بالحجارة ونحوها
ثم استعمل في الرمي بالمكارة لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكارة
في تأثير الرمي بكل منهما ، لأن في كل منهما أذى ، فالقذف
أذى بالقول ، ويسمى فرية بكسر الفاء ، كأنه من الافتراء والكذب (١) .

١٦٦ - وفي اصطلاح الفقهاء :

تعددت تعريفات الفقهاء للقذف ، وفي المذاهب الفقهية
المختلفة .

(١) مختار الصحاح - ص ٥٢٦ ، وراجع : فتح القدير - ج ٤ - ص
١٩٠ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢٤ ،
ومغني المحتاج - ج ٤ - ص ١٥٥ ، والمغني لابن قدامة ،
ج ٨ - ص ٢١٥ .

١ - عند الحنفية :

يعرف القذف بأنه: نسبة من احصن الى الزنا صريحا (١).

٢ - وعند المالكية :

يعرف القذف بأنه : رمى المكلف ولو كافرا أو سكرانا حرا مسلما لوقت إقامة الحد ، بنفي نسب عن أب أو جد ، وإن علا من جهة الأب ولو كان الأب عبدا أو كافرا ، صريحا أو تلويحا ، لا عن أم بذلك لأن الأمومة محققة لا تنتفى ، وأما الابوة فتنتفى بالظن ، والحكم الشرعي فلا يعلم كذبه في نفيه فتلحقه بذلك معرة . (٢)

٣ - وعند الشافعية :

يعرف القذف بأنه : الرمي بالزنا على جهة التعيير ، فيخرج بذلك الشهادة بالزنا فلا حد فيه الا ان يشهد به دون أربعة (٣).

٤ - وفي المذهب الحنبلي :

عرفه ابن قدامة : بأنه الرمي بالزنا (٤) ، كما عرفه صاحب كشف القناع بقوله: إنه الرمي بالزنا أو اللواط أو الشهادة به (٥).

وقد عرف القذف في المذاهب الفقهية الاخرى بـ لا يخرج عن هذا المعنى (٦)

-
- (١) فتح القدير - المكان السابق .
 - (٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٢٤ .
 - (٣) مغنى المحتاج - ج ٤ - ص ١٥٥ .
 - (٤) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١٥ - مكتبة الرياض الحديثة .
 - (٥) كشف القناع - ج ٦ - ص ٨٤ .
 - (٦) الروض النضير - شرح مجموع الفقه الكبير - ج ٤ - ص ٤٩١ ، والمحلى لابن حزم - ج ١١ - ص ٢٦٥ ، وما بعدهما ، مسألة ٢٢٢٣ .

١٢٧ - حكم القذف ، وأثره :

والقذف محرم ، وهو من الكبائر يدل على ذلك ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : "اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يا رسول الله ما هن ؟ قال : الشرك بالله - عز وجل ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، ورمي المحصنات الغافلات المؤمنات (١) " ومما يدل على تحريمه من الكتاب قول الله تعالى : "ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب أليم" (٢) ، حيث اثبت الحق سبحانه للرمي بالزنا وصف اللعنة في الدنيا والآخرة مع العذاب الأليم ، وهذا المعنى يدل على التحريم بأبلغ دلالة . وقد اجمع الفقهاء على تحريمه يقول ابن قدامة : القذف هو الرمي بالزنا وهو محرم باجماع الأمة (٣) .

ويجب بالقذف إقامة حده ، لأن حد القذف سببه القذف ولأن نسبة المقذوف الى الزنا تتضمن الحاق العار ، فيجب الحد دفعا للعار وحفظا للشرف وصيانة للسمعة (٤) .

يدل على وجوب الحد بسبب الرمي بالزنا قول الله تعالى : "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون" (٥) .

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - راجع :

نيل الأوطار للشوكاني - ج ٧ - ص ٢٥٢ .

(٢) سورة النور - الآية ٢٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة - المكان نفسه .

(٤) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٤٠ .

(٥) سورة النور - آية ٤ .

١٦٨ - حق الخصومة في الضرر الأدهي الناتج عن القذف :

ونظرا لأن الضرر الحاصل من القذف ينال من سمعة المقذوف وشرفه واعتباره ، وأن أثر الضرر لا يقف عند حد المقذوف ، وإنما يتعداه إلى ورثته ممن يتألمون لقذفه ويكتون بنار العار الذي يلحق به ، كما أن القذف أيضا ينطوي على خدش الحياة في المجتمع وإشاعة الفاحشة في الذين آمنوا ، وهذا امر محرم بقول الله تعالى : " ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون " (١) ، لكل هذه الآثار فقد عنى الفقهاء ببيان من يملك الحق في الخصومة ، على اعتبار أن أثر القذف لا ينتهي بحياة المقذوف ، وإنما تمتد آثاره للاحق ورثته من بعده ، ذلك في حالة حياة المقذوف ، أما إذا كان ميتا واعتدى على شرفه بالقذف فإن الضرر من ذلك أصالة هم الورثة ومن ثم كان من المهم بيان حدود حق الخصومة عن القذف في كل حالة .

١٦٩ - أولا : حق الخصومة في حال حياة المقذوف :

إذا كان المقذوف حيا وقت القذف ، فإن حق الخصومة ينسب به ، ويسند إليه ليتمكن به من رد شرفه وحفظه واعتباره ، ذلك أنه إذا كان حيا وقت القذف كان هو المضرور بصورة ومعنى بالحاق العار به ومن ثم كان اسناد حق الخصومة إليه من باب اسناد الحكم لأولى الناس به ، لأن الحق حقه فلا يطالب به غيره ولا يقوم غيره مقامه فيسه ، لأنه حق يثبت للتشفي ، فلا يقوم فيه غير المستحق بمقامه ، وذلك قياسا على القصاص (٢) ، وهذه المسألة تكاد تكون محل اتفاق من الفقهاء

(١) سورة النور - آية ١٩ .

(٢) المفتي لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٣٠ - مكتبة الرياض .

ولم يرد خلاف يتعلق بها الا لا ورد عن الحنفية حول مدى جواز
الاثابة في تلك الخصومة حال حياة المذوف ، حيث ورد عنهم فسي
تلك المسألة قولان عن مدى جواز التوكيل باثباتها :

١٧٠ - أولهما : لأبي حنيفة ومحمد : وحاصل قولهما :
ان التوكيل بالخصومة في القذف جائز ، على اعتبار ان الموكل
يملك ممارسة الحق ، فيجوز توكيل غيره فيه ، اذ ان كل حق يملكه
الانسان ان يباشره بنفسه يجوز ان يوكل فيه غيره ، ولم يرد في تلك
المسألة ما يستلزم خروجاً على هذا الضابط .

١٧١ - ثانيهما : لأبي يوسف : وحاصل قوله : لا يثبت
لا يجوز التوكيل بالخصومة في حد القذف حيث لا تصح الوكالة
في الحدود والقصاص عنده .

دليل أبي يوسف :

استدل أبو يوسف لما ذهب اليه بالقياس فقال : كما أنه لا يجوز
التوكيل في استيفاء حد القذف ، فلا يجوز ذلك في إثباته ، لأن
الإثبات وسيلة للاستيفاء ، والوسيلة حكم غايتها (١) .

١٧٢ - دليل الطرفين :

أما الطرفان أبو حنيفة ومحمد فدل عليهما أن ممارسة المذوف
للحق ، تجعله أهلاً للتوكيل به عملاً بالقاعدة العامة ، حيث لستم
يورد في مسائلنا ما يبرر الخروج عليها .

(١) راجع : في هذا المعنى : المبسوط للسرخسي ج ٦ - ص
١١٣ ، وفتح القدير ج ٤ - ص ١٩٧ ، وبدائع الصنائع
ج ٦ - ص ٢١ .

١٧٣ — مناقشة ما استدل به أبو يوسف :

كما أن ما استدل به أبو يوسف محل نظر ، لأن التوكيل بالاستيفاء في حد القذف لا يجوز للشبهة ، إذ لا بد من وجوب المقذوف ووجود ولي القصاص حين الاستيفاء ، فقد يجوز فيما لو حضر المقذوف أن يصدق القاذف والحدود تدرأ بالشبهات (١) ، ومن ثم كان أمر التوكيل بالاستيفاء حد القذف في عدم الجواز قياس مع الفارق فلا يصح الاحتجاج به (٢) ، وهذا ما يترجح لدينا .

١٧٤ — ثانيا : حق الخصومة في حال موت المقذوف :

وإذا كان المقذوف قد مات فإنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان المقذوف قد مارس الدعوى ، وبأشراجاً انتهى ولكن المنية لم تسعفه حتى يبلغ ثمرة ما بآشره بصدور حكم في دعواه ، فمات قبل صدوره ، وما أن يكون القذف قد حصل له بعد وفاته ، ويكون أثر العار الناجم من نصبه كله على ورثته ومن يعينهم أمره من أقاربه ، فكان دراسة المسألة — تستلزم التفرقة بين الحالتين وهذا ما ينبغي بيانه :

١٧٥ — الحالة الأولى : وهي حالة ما إذا كان القذف

قد وقع على المقذوف حال حياته ، ثم بآشر حقه في رفع الدعوى ومات قبل صدور حكم فيها ، في هذه الحالة هل ينتهي حقه في ممارسة الدعوى بموته ؟ ، أو ينتقل الحق في استكمال أرجاء سيرها حتى يبلغ فايتها بصدور حكم فيها إلى ورثته ؟ ، في المسألة قولان :

(١) بدائع الصنائع — للكاساني — ج ٧ — ص ٥٥ .

(٢) المراجع المشار إليها — نفس المكان .

أولهما : للحنفية : وحاصل قولهم : أن المقذوف إذا مات
قبل إقامة الحد فإنه يبطل ، ولا ينتقل إلى ورثته ، لأنه حق غـسـير
مالي ، فلا ينتقل إلى الورثة .

وثانيهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصل قولهم : أن المقذوف
إذا مات قبل إقامة الحد ، فإن الحق فيه ينتقل إلى ورثته من بعده (١) ،
ولكل قول دليـلـه :

١٧٦ - دليل الحنفية :

استدل الحنفية لما ذهبوا إليه ، بأن حد القذف يعتـمـد
من حقوق الله تعالى ، ولئن كان فيه حق للعبد ، فإنه لا يؤثر في
غلبة حق الله تعالى في الحد ، ومن ثم تظل له خصائص هذا الحق ،
ومنها أنه لا يورث ، فإذا مات المقذوف سقط حقه ولا ينتقل من بعده
إلى ورثته (٢)

١٧٧ - مناقشة دليل الحنفية :

ودليل الحنفية هذا مردود من وجهين :
الأول : أن ما ذهبوا إليه مبني على تغليب حق الله على حق
العبد في حد القذف ، وهذه المسألة محل خلاف من الفقهاء ، حيث
ذهب الجمهور إلى تغليب حق العبد ، ولم يقل بتغليب حق الله
على حق العبد في حد القذف إلا الحنفية والظاهرية (٣) ، والمالكية

-
- (١) المدونة - ج ١٦ - ص ٢٠ ، والمعنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٣٠ .
(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٥٢ ، وفتح
القدير للكمال بن الهمام - ج ٥ - ص ٣٢٦ وما بعدها .
(٣) بدائع الصنائع للكاساني - ج ٧ - ص ٥٦ ، والمحلى لابن حزم
ج ١١ - ص ٢٨١ .

وان كانوا يفرقون بين الحد قبل رفع الدعوى وبعدها ، فيجعلونه قبل رفع الدعوى حقا للعبد ، وبعدها حقا لله (١) فان رأى الحنفية ومن معهم في توصيف الحق بما يغلب جانب الله فيه سيظل مرجوحا ويكون ابتداء الحكم على امر مرجوح من شأنه أن يجعله مرجوحا كذلك .

الثاني : لو كان حق الله غالبا في حد القذف لما سقط بالعفو مطلقا ، والثابت خلاف ذلك ، حيث أن الحنفية أنفسهم يقررون أنه يجوز العفو عنه قبل رفع الدعوى الى الحاكم ، يقول ابن الهمام : فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان . لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ، ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد ، لا أنه وقع ثم سقط ، وهذا كما اذا صدقه المقذوف (٢) ، وبدليل أن القذف يشترط لاقامة حده ، مخاصمة المقذوف برفع دعواه ، ورفع الدعوى حتى يملك التنازل عنه (٣) .

١٧٨ — أدلة الجمهور :

استدل الجمهور لما ذهبوا اليه من السنة والمعقول :

- (١) شرح الخرشي على مختصر خليل - ج ٥ - ص ٣٣٢ .
- (٢) فتح القدير - ج ٤ - ص ١٩٧ وما بعدها .
- (٣) في هذا المعنى الاستاذ عبد القادر عودة - التشرية الجنائي الاسلامي - ج ٢ - ص ٤٨٠ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١٧ - حيث يقول : " وحد القذف لا يستوفي الا بعد مطالبة الادمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص " .

١ - أما السند :

فيما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : من خلف مــــالاً
أو حقاً فلورثته ، وبين خلف كلاً أو ديناً فعلى " (١) ، حيث دل
الحديث على أن من ترك حقاً يكون لورثته ، وحق الدعوى من حقوقه
فتنقل إلى ورثته .

٢ - وأما دليلهم من المعقول :

فأنه يتمثل في أن الأساس الذي ثبت بمقتضاء الحق لمورثهم
المقذوف هو التشفي ، ورد الشرف والاعتبار موجود في ورثته ،
لأن تلك المعاني لا تقتصر عليه وحده ، إذ أن شرفه واعتباره امتداد
لشرف الورثة واعتبارهم ، ومن ثم وجب أن يناط الحق بهــــم ،
فيمارسون دعواه من بعده حتى يصلوا إلى حكم فيها ، لأن المعسرة
تلحقهم (٢) .

١٧٩ - الرأي الراجح في نظرنا :

والذي يترجح لدينا هو رأي الجمهور القائلين بانتقال
الحق في ممارسة دعوى القذف إلى الوارث لوضوح الأدلة عليه ،
كما أنه ادعى لحفظ الشرف والاعتبار ، وفيه تصرف لما في قــــــسوس
ورثة المقذوف من الغيظ والحقد ، وفي ذلك قطع لداهر الشر ، ومنسـع
لاحتدام النزاع .^١

(١) الحديث رواه البخاري ومسلم ، وقد سبق تخريجه ، راجع :
نصب الرأية - ج ٤ - ص ٨٥ ، نيل الأوطار - ج ٤ - ص ٨٥ ،
وأرواء الغليل - ج ٥ - ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٤٩٤ .

١٨٠ - شروط انتقال الحق الى الورثة :

... ويبدو مما ذكره المالكية ان انتقال حق المقذوف السي
الورثة مشروط بأمرين :

الأول : أن يكون القذف قد حصل للمقذوف حال حياته .

الثاني : أن يكون المقذوف قد رفع دعواه مطالبا بإقامة الحد

على القاذف ، وأن كان لم يبلغ غايته بعد ، بسبب موته ، فإذا كان
القذف قد وقع على المقذوف حال حياته ، ولم يرفع دعواه للمحاكمة ،
ثم مات دون أن يرفع الدعوى ، فلا يجوز لورثته أن يخاصموا القاذف
إلا في حالة واحدة ، وهي حالة ما إذا ثبت أن المقذوف قد مات
دون أن يصل القذف الى علمه (١) .

١٨١ - الحالة الثانية : ولوغ القذف بعد موت المقذوف :

إذا وقع القذف بعد موت المقذوف فإن حق الدعوى ينسب
مخاصمة القاذف يثبت ابتداء لذوى قرياه ، لأن أثر القذف ينصرف
اليهم مباشرة فيكون الحق لهم ، والفقهاء متفقون على أن الحق
يثبت لذوى قريبي المقذوف أجمالا إذا وقع القذف عليه بعد موته
ولكنهم اختلفوا في مدى ثبوت هذا الحق لذوى القريبي من أصابهم
القذف .

١٨٢ - قال الحنابلة :

إذا مات المقذوف فإن حق المطالبة بإقامة الحد يثبت
لأصوله وفروعه أسالة لا بطريق الارث ، وذلك على أساس لحسوق

(١) الحطاب - مواهب الجليل - ج ٦ - ص ٣٠٥ .

العار بهم ، وليس على أساس ثبوت حق الارث لهم ، ومن ثم يكسبون حق المطالبة للحقوق العار غير دائر مع الارث ، فلا يثبت للأخ ، ويثبت للمحروم من الميراث بالقتل أو الرق أو الكفر ، فلقاتل أبيه أن يطالب بعد قتله بحق القذف (١) .

وأبو حنيفة يدخل في الأصول والفروع الذين لهم حقوق خاصة فأذف مورثهم الميت بالاثبات مع الذكور من أصوله وفروعه ، فأولاد البنات لهم هذا الحق ، وذهب إلى ذلك أبو يوسف ، وقد خالف الإمام محمد في ذلك ، وذهب إلى أن أولاد البنات ليس لهم حصة الخاصة (٢) .

١٨٣ — وقال المالكية :

يقوم الوارث مقام مورثه في المطالبة بحد القذف ، سواء قذف مورثه قبل الموت أم بعده ، ويثبت هذا الحق لكل وارث يلحقه عار القذف ، سواء كان من ذوى الفروض أم العصبات ، ويستثنى من ذلك الزوجان فإنه لا حق لهما في المطالبة بحد القذف الواقع على مورثهم ، ويثبت هذا الحق لكل وارث حتى ولو قام بالنسبة له سبب المنع من الميراث ، كما لو كان قاتلا أو كافرا أو عبدا أو محجوبا ، فيطالب سببه الأبعد مع وجود الأقرب ، لأن الغرة تلحقهم جميعا ، وذلك خلافا لما ذهب إليه أشهب من أنه يقدم الأقرب فالأقرب في القيام بحق الخصومة في قذف المورث (٣) .

-
- (١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٥٢ .
 (٢) بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٥٥ ، وفتح القدير - ج ٦ - ص ٣٠٥ .
 (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٤٩٤ ،
 وراجع المعيار الذى وضعه القرافي في انتقال الحقوق للورثة:
 الفروق - ج ٣ - ص ٢٧٩ .

١٨٤ — وعند الشافعية :

يعتبر حق المطالبة بحد القذف الواقع على المورث من الحقوق التي تورث عنه ، كما تورث سائر حقوق الأديين وأموالهم ، ولكنهم اختلفوا فيمن يرثه على أربعة أقوال وردت في كتبهم :

القول الأول : يرثه كل الورثة بما فيهم الزوجان ، لأنه لجميع الورثة كالأمال .

القول الثاني : يرثه كل الورثة ما عدا الزوجين ، لأن الحسد يجب لدفع العار ، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت ، حيث تنتهي الزوجية به .

القول الثالث : يرثه العصبات من الورثة دون غيرهم ، لأن دفع العار مختص بهم .

القول الرابع : يرثه العصبات غير البنين ، قياساً على ولاية الزوج (١) .

١٨٥ — وعند الحنابلة :

وروي الحنابلة أن حق المطالبة بحد القذف يرثه العصبات من النسب دون غيرهم ، لأنه حق يثبت لدفع العار ، فلكل واحد منهم أن يطالب به كاملاً ، فعفو بعضهم لا يسقط حق الآخر، لأنه يراد لدفع العار عن المقدوف ، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه فسي استيفائه ، فيثبت له جميعه كولاية النكاح (٢) .

(١) راجع : المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٧٥ ، نهاية المحتاج - ج ٧ - ص ١٠٤ ، وما بعدها ، وأسنى المطالب - ج ٣ - ص ٣٧٥ .

(٢) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٣١ وما بعدها .

١٨٦ — أساس اسناد الحق في استيفاء حقد القذف :

ويبدو من خلال النظر فيما قرره الفقهاء ان جوهر مطالبه الوارث بحقد القذف الواقع على مورثه الميت ، أساسه أمران :

الأمر الأول : النظر الى هذا الحق على أنه حق من حقوق المورث التي تنتقل الى الورثة مثله في ذلك كمثل المال ، فيجوز أن يمارسه كل وارث .

الأمر الثاني : رفع الضرر الذي وقع على الورثة من جـسـر

القذف والمتمثل في المعرة التي أصابتهم بسببه ، وهو ضرر فـسـير مالي أصلا ، ومن ثم يستبين أن الضرر الأدبي مما يدخل تحـصـت نطاق الضمان المقرر في التشريع الاسلامي حماية للشرف وحفظا للأعراض .

(المطلب الثاني)

طبيعة السباب والغيبة وتحريم الاسلام لهما

١٨٧ - ومن وسائل التشريع الاسلامي في حفظ امراض الناس تحريمه للسباب والغيبة ، على أساس أن كلا منهما ينطوي على نيل من شرف من يعتدى عليه فيهما واعتباره "يدل على تحريم السباب ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : " سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر " متفق عليه (١) .

١٨٨ - المراد بالسباب ، ومالات الاباحة فيه :

والسباب - بكسر السين - مصدر سبه ، وهولفة : الشتم والقطع والطمعن ، ومنه التساب ، أي التشاتم والتقاطع ، وهذا سبه ، أي عار يسب به (٢) .

وفي اصطلاح الفقهاء : هو الشتم والتكلم في أعراض الناس

(٣) على نحو ينال من شرفهم واعتبارهم ، وقد حرم الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك من خلال حكمه على السباب بأنه فسوق ، أي خروج من طاعة الله ، وهذا من أساليب التحريم

وقد عرفه ابن عابدين بقوله : " هو نسبة المرء الى فعل اختياري محرم سرعا ويعد عارا عرفا والا لا " (٤) .

(١) سبل السلام - للصنعاني - ج ٤ - ص ٣٧١ ، طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) مختار الصحاح - ص ٢٨١ .

(٣) سبل السلام - نفس المكان .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٣ - ص ٢٠٣ ، وقد حرم الله عز وجل ايذا المؤمنين والمؤمنات بالسب في أكثر

١٨٩ - حالات الاباحية :

واذا كان الأصل ان السباب امر محرم بالحديث السابق ، فانه قد توجد حالة من حالات الاباحية للسباب ، وذلك كما ذكره الصنعاني بقوله : واما الفاسق فقد اختلف العلماء في جواز سببه بما هو مرتكب له من المعاصي ، فذهب الأكثر الى جوازه ، لأن المراد بالمسلم في الحديث الكامل الاسلام ، والفاسق ليس كذلك ، ومما يدل على ذلك ما اخرج الطبراني في الأوسط والصغير باسناد حسن ورجاله موثقون ، وأخرجه في الكبير ايضا من حديث معاوية بن حيدة قال : خطبهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : - مستي ترمون من ذكر الفاجر ؟ ، اهتكوه حتى يحذره الناس ، وأخرج مسلم : " كل امتي معافى الا المجاهرون " والمجاهرون هم الذين جاهاهم بمعاصيهم ، فهتكوا ما ستر الله عليهم ، فيبيحون بلا ضرورة ولا حاجة (١)

... والأكثر يقولون : بأنه يجوز أن يقال للفاسق؛ يا فاسق أو يا مفسد ، وكذا في غيبته بشرط قصد النصيحة له أو لغيرة لبيان حاله أو للزجر عن صنيعه ، أى لا بد من قصد صحيح ، الا ان يكون جوابا لمن يهدأه بالسب فإنه يجوز له الانتصار لنفسه ، لقوله تعالى : " ولئن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل " (٢) ، وقوله

= من موضع في القرآن الكريم ، قال تعالى : " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً " ، سورة الاحزاب - آية ٥٨ .

(١) سبل السلام - السابق - ص ٣٧٢ .

(٢) سورة النساء : آية ١٤٨ .

تعالى : " لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم وكسان الله سميعا عليما " (١) ، ولما أخرجه مسلم أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " المتسابان ما قالا ، فعلى البادى ، ما لم يعتد المظلوم " (٢) قال العلماء : اذا انتصر المسبوب استوفى ظلامته ، وبهرى الأول من حقه ، وبقي عليه اثم الابتداء ، والاثم المستحق لله تعالى ، وقيل : بهرى من الاثم ويكون على البادى اللوم والذم . لا الاثم (٣) .

١٩٠ - ويؤخذ مما ذكره الصنعاني ان حالات الابعاض

في السب تتمثل فيما يلي :

أولا : حماية المجتمع من شرور السلوكيات الخاطئة من خلال الاعلان عن أصحابها وكشف حيلهم حتى يحذرهم الناس ويسلموا من شرورهم .

ثانيا : ان يكون المسبوب قد فرط في حق نفسه من خلال مجاهرته بمسا يجب الاستتار منه ، عملا على اشاعة الفاحشة في المجتمع وتشويه صورته ، ولئن كان قد استباح السب على نفسه ، فلا ينهني أن يلوم غيره اذا نسب اليه ما أذاعه هو نفسه .

ثالثا : أن يتوافر قصد حسن من خلال السب ، مثل النصيح للمسبوب أو لغيره ، أو للزجر عن صنيعه .

رابعا : أن يكون السب ردا على ما وقع من المسبوب من سب في حق الفاعل ، وذلك للآيات الدالة على جواز الانتصار ممن ظلم ،

(١) سورة النساء آية ١٤٨ .

(٢) سبل السلام - المكان نفسه .

(٣) سبل السلام - للصنعاني - ج ٤ - نفس المكان .

ويجب أن لا يتعدى القول في ضرره مقدار ما سبق من المسبوب، حتى لا يكون ظالماً ، وعملًا بقول الله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (١) وقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٢)، ويمكن القول : أن ذلك من باب إزالة الضرر الأدبي الناتج عن السبب بمثله ، ويجوز تعزيز البإدى على سبقه في ظلم الساب .

١٩١ - معنى الغيبة وحكمها وحالات الاباحة فيها :

والغيبة (بكسر الغين) في اللغة : أن يتكلم خلف انسان مستور بما يفهمه لو سمعه فان كان صدقاً سمي غيبة ، وان كان كذباً سمي بهتاناً (٣) .

وفي اصطلاح الفقهاء : مرفها الصنعاني نقلا عن النووي

في الأذكار : ذكر المرء بما يكره سوا كان في بدن الشخص أو دينه أو دنياه أو نفسه أو خلقه أو ماله أو والده أو ولده أو زوجه أو خادمه أو حركته أو طلاقته أو عيوسته ، أو غير ذلك مما يتعلق به ذكر سوا ذكر باللفظ أو بالرمز أو بالإشارة ، قال النووي : ومن ذلك التعريض في كلام المصنفين كقولهم : قال من يدعى العلم أو بعض من ينسب إلى الصلاح أو نحو ذلك مما يفهم السامع المراد به ، ومنه قولهم عند ذكره : الله يعافينا ، الله يتوب علينا ، نسال الله السلامة ، ونحو ذلك فكل ذلك من الغيبة (٤) .

-
- | | |
|-----|----------------------------|
| (١) | سورة الشورى - آية ٤٠ |
| (٢) | سورة البقرة - آية ١٩٤ |
| (٣) | مختار الصحاح - ص ٤٨٥ . |
| (٤) | سبل السلام - ج ٤ - ص ٣٨٠ . |

١٩٢ - تحريم الاسلام للغيبة :

ونظرا لأن الغيبة تعتبر من أخطر أذوات النيل من شرف الانسان وسمعته واعتباره كما انها تلحق به اضرار أدبية متعددة ، فان الله عز وجل قد حرمها بالكتاب والسنة كما انعقد على تحريمها اجماع علماء الامة ، يقول الصنعاني : " وتحريم الغيبة معلوم من الشرع ومتفق عليه ، وانما خلاف العلماء هل هو من الصفات أم الكبائر ؟ ، وقد نقل القرطبي اجماع على أنها من الكبائر (١) .

١٩٣ - مناط التحريم في الغيبة وأدلتها :

وقد عنى الفقهاء ببيان حقيقة الغيبة ، حتى يكون التحريم المناط بها واضح الاسناد لفعل محدد ، واذا كانت الغيبة ، هي ذكر الانسان بما يكره كما جاء في الحديث ، فان هذا الذكر المكروه له شامل لذكره في غيبته وحضرته ، وقد روى في معناها حديثا مسندا الى النبي - صلى الله عليه وسلم - قال فيه : ما كرهت أن تواجه به أخاك فهو غيبة ، واذا كان الحديث يدل على أن الغيبة تشمل ذكر الانسان بمكروه في غيبته وحضرته ، فقد فسرهما بمعنى العلماء بأنها : ذكر الغيب بظهر الغيب ، وفسرها آخر بقوله : هي أن تذكر الانسان من خلفه بسوء ، وان كان فيه (٢) ، وعلى هذا النحو يكون تحريم الغيبة في التشريع الاسلامي ، وسيلة من أعظم وسائل المحافظة على شرف الانسان واعتباره .

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع نفسه - ص ٣٨٠ وما بعدها .

١٩٤ - أدلة تحريم الغيبة :

وقد قامت الأدلة على تحريم الغيبة من الكتاب والسنة ،
واجماع علماء الأمة :

أما الكتاب :

فيقول الله تعالى : " ولا يغتب بعضكم بعضا ، أيا أحب أحدكم
أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ان الله تواب رحيم " (١) .

١٩٥ - ووجه الدلالة في هذا القول الكريم :

وتعالى قد نهى عن الغيبة فدل النهى على تحريمها ، وقد جاء هذا
التحريم بأسلوب التنفير ، الذى يبعث في النفس عوامل الاقلاع من تلك
العادة الذميمة ، التى قد تصادف هوى عند بعض النفوس ، فشبهها
الله عز وجل في الآية الكريمة ، بأنها كأكل لحم الانسان ميتا ، وإذا
كان الطبع السليم ينفر من أكل لحم الانسان ، فلأن تكون النفرة من
أكل لحم الانسان الميت أشد من باب أولى ، وفي هذا دليل على
تحريم الغيبة أبلغ دلالة .

ومن السنة النبوية :

١ - بما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله
عليه وسلم قال : بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ،
كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه " (٢) .

(١) سورة الحجرات - آية ١٢ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم ، سبل السلام - ج ٤ - ص ٣٨٣ .

١٩٦ — ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أن المسلم يكفيه أن يكون من أهل الشر باحتقار أخيه والغيبة من أخطر أدوات تحقير الشخص لأنها تنال من شرفه وعرضه ، ثم يزيد هذا المعنى بيانا بالأخبار الذي يدل على تحريم الدماء والأعراض والأموال ، وهو أمر معلوم من الشرع علما قطعيا (١) كل ذلك يدل على تحريم الغيبة .

٢ — وبما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم قال : أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم ! ، قال ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أفرأيت أن كان في أخى ما أقول ؟ ، قال : ان كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وان لم يكن فيه ، فقد بهته " (٢) .

١٩٧ — ووجه الدلالة في الحديث على تحريم الغيبة :

انه قد جاء لبيان الغيبة الواردة بقول الله تعالى : " ولا يغتب بعضكم بعضا " ، ليكون بمثابة التفسير لها ، فكان فيه تفسير لمعنى التحريم الوارد في الآية الكريمة ، فيكون دالا عليه .

(١) الفرج نفسه - ص ٣٨٥ .

(٢) أخرجه مسلم ، سبل السلام - ج ٤ - ص ٣٧٩ ، وما بعدها .

١٩٨ — ومن الاجماع :

انعتقد اجماع علماء الأمة على أن الغيبة محرمة ، ونقسل
الاجماع صاحب سبل السلام فقال : وتحريم الغيبة معلوم من الشرع ،
ومتفق عليه ، كما حكى الاجماع عن القرطبي على أنها من الكبائر (١) .

١٩٩ — ظروف اباحة الغيبة :

واذا كان الاصل في الغيبة أنها محرمة بالكتاب والسنة
والاجماع ، وذلك على أساس أنها تنطوي على نيل من شرف الذي يفتاب
وعرضه ، وفي ذلك ضرر عليه ، فإن هذا الأصل قد تقوم مصلحة شرعية
معتبرة تجعل الخروج عليه أمرا مباحا ، ولذلك استثنى العلماء من
الغيبة المحرمة أموراً ستة :

الأول : التظلم فيجوز أن يقول المظلوم ، فلان ظلمي
وأخذ مالي أو أنه ظالم ، ويشترط أن يكون التظلم لمن له قدرة على
رفع الظلم عن الشاكي وإزالة أسبابه أو التخفيف من حدته ، دليله
قول هند عند شكايته له صلى الله عليه وسلم من أبي سفيان : أنه
رجل شحيح (٢) .

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر بذكره لمن يظن قدرته
على إزالته ، فيقول : فلان فعل كذا في حق من لم يكن مجاهراً بالمعصية .

الثالث : طلب الفتيا : بأن يستفتى عالماً أو يستشير
خبيراً ، فيقول فلان ظلمني بكذا فما طريقى الى الخلاص منه ، دليل
ذلك أنه لن يستطيع التوصل الى ما يريد معرفته مما يحرم عليه أو يحل
له ، الا بذكر ما وقع من المذكور بما يكره .

(١) سبل السلام - ج ٤ - ص ٣٨١ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

الرابع : تحذير المسلمين من الاغترار بالشخص ، وتنبيههم الى مغبة التعامل معه فيما يعتقدون صدقه فيه ، كجرح السـرواة والشهود ومن يتصدر للافتاء والتدريس مع عدم اهليته ، يدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : بثس أخو العشيرة ، وقوله : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وذلك حين جاءت فاطمة بنت قيس تستشير صلي الله عليه وسلم في خطبة كل من معاوية بن أبي سفيان ، وأبو جهم فقال : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه ، ثم قال لها : انكحى اسامة (١) .

الخامس : ذكر من جاهر بالفسق أو البدعة ، ودليل ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : اذكروا الفاسق بما فيه كي يحذره الناس ، ويشترط أن يكون الذكر محذورا بما يجاهرون به دون غيره ، لأن جهرهم (٢) به دليل على أنهم قد استباحوا ذلك لغيرهم فلا ينبغي أن يطالبوا بضمان فعل ما وقع منهم .

السادس : التعريف بما في الشخص اذا كان التعريف به ينطوي على عيب فيه كالأمور والأعرج والأعمش ، بشرط أن يكون القصد من ذكر العيب هو التعريف به ، لا غيبته ، وقد جمع حالات الاباحة فـسي الغيبة ابن أبي شريف في قوله :

الذم ليس بغيبة في ستة - متظلم ومعرف ومحسـذ
ولمظهر نسقا ومستفت ومن - طلب الاعانة في ازالة منكر (٣) .

٢٠٠ - رد اعتبار المضرور من الغيبة :

وقد رسمت الشريعة الاسلامية الطريق لمحو آثار الضـرر الذي لحق من اغتياب في شرفه وعرضه ، وهذا الطريق يكاد يكسـون اسلوبا من أساليب التكذيب في نشر الوقائع التي نشرت عن شخص

- (١) المرجع نفسه ، ص ٣٨٢ .
- (٢) المرجع والمكان السابقان .
- (٣) المرجع والمكان السابقان .

وتتطوى على أساس سمعته أو شرفه واعتباره ، وهذا الأسلوب وأن كان من الأساليب التي يتخذها شكل التعويض في المسئولية التقصيرية عن الضرر الأدبي بصفة خاصة ، فإن أساسه قائم في التشريع الاسلامي .

يدل على ذلك ما رواه أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : كذارة من اغتبه أن تستغفر له " (١) ، ومن ذلك طلب صفحه وعفوه عما بدر من اغتابه من ضرر ، فقد أخرج البخاري من حديث أبي هريرة مرفوعاً : من كان عنده مظلمة لأخيه في عرضه ، أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون له دينار ولا درهم ، إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته ، وإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه " (٢) ، وقد أخرج البيهقي نحو من حديث أبي موسى ، وقد دل هذا الحديث على أنه يجب استرضاء من طعن في عرضه وشرفه واعتباره ، والاعتذار له ، وتكذيب ما صدر عن المسئول من أضرار في حقه الأدبي .

٢٠١ - مؤلف القانون من أسباب الإباحة :

وبلاحظ أن هناك تقارباً بين الفقهين الاسلامي والوضعي فيما يتعلق بأسباب الإباحة ، حيث وضع ضمن أسباب الإباحة في القسذف عدة حالات منها :

٢٠٢ - أولاً : الطعن في أعمال موظف عام أو من في حكمه :

فإذا كان القصد من تقرير العقاب على السب العلني والقذف في القانون هو حماية شرف الإنسان وعرضه ، فإن هناك حالات تقتضي

(١) المرجع نفسه ، ص ٤٠٠ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

أن يفصح بالحماية في سبيل مصلحة أرجح ، وذلك كما في الطعن في أعمال الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة .

والموظف العام هو كل شخص يقوم بالعمل في خدمة مرفق عام مملوك للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة . سواء كان ذلك باجرأ م بدون أجر ، وسواء كان على سبيل الدوام أو التأقيت (١) والمكلف بخدمة عامة هو من عهدت إليه سلطة مختصة بأداء عمل مؤقت وعارض لحساب الدولة أو شخص معنوى عام (٢) ، والعلة في الإباحة في تلك الحالة هي الرغبة في اكتشاف ما خفى واستتر من أعمالهم الضارة بالمصلحة العامة توصلًا لمحاكمتهم وتطهير المصالح من شروهم (٣) وهذا يقترب مما قررره فقهاء الشريعة من إباحة الغيبة طلبًا لتغيير المنكر .

٢٠٣ - ثانيا : الالتزام بأداء الشهادة :

والالتزام بأداء الشهادة واجب فرضه القانون ، ومن قبل هو أمر واجب في الشريعة إذا تعين الشاهد للأداء ، وقد نصت على هذا الواجب في القانون المادة ١١٩ إجراءات جنائية ، حيث بينت الواجب وقررت العقاب على التقاعس عن أدائه فقالت : إذا حضر الشاهد وامتنع عن أداء الشهادة أو حلف اليمين بحكم عليه القاضي في الجنح والجنايات بعد سماع أقوال النيابة العامة بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويجوز اعتاؤه من كل أو بعض العقوبات ، إذا عدل عن امتناعه قبل انتهائه التحقيق " . وعلى ذلك :

- (١) د . حسنين إبراهيم عبید - جرائم الاعتداء على الأشخاص ص ٢١٨ دار النهضة العربية .
- (٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ٧ - ٣٦٥ - ١٣٣١ هـ وراجع د . محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٥٩١ ، دار النهضة العربية .
- (٣) نقض ١٩٢٧/٢/٧ - مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاما - ص

فإذا انطوت الشهادة على قذف في حق أحد الأشخاص كان الفعل مباحاً بشرط ألا تخرج الشهادة عما يستلزمه تحقيق الدعوى، ومثال ذلك ما جاء في حكم لمحكمة النقض قالت فيه : " إذا قرر الشاهد في دعوى نفقة أن المدعى عليه عنده نقود ، وأنه يقرض منها بالربحاً الفاحش ثم رأت محكمة الموضوع في دعوى القذف التي رفعت عليه مسن أجلاً ذلك أن ما قرره عن مقدرة الزوج المالية لا يخرج عما يتعلق بموضوع الدعوى التي أدبت الشهادة فيها، وبما أنه على هذا الأساس فإنها لا تكون قد أخطأت (١) ، وعلّة الإباحة في تلك الحالة هي الكشف من الحقيقة ومساعدة المحكمة على انزال العدالة على الناس .

٢٠٤ - ثالثاً : استناد القذف من خصم لآخر في الدفاع :

وهذه حالة ثالثة من حالات إباحة القذف في القانون . نصت عليها المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات فقالت : " لا تسرى أحكام المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ ، على ما يسند له أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم ... "

وقد وضع الفقهاء شروطاً للإباحة في تلك الحالة تتمثل في : أن يكون القذف صادراً من خصم لآخر ، وأن يقع القذف أثناء الدفاع (٢) وعلّة الإباحة في تلك الحالة احترام حق المتقاضى في الدفاع عن نفسه . احتراماً لما نص عليه الدستور بشأن كفالة حق الدفاع في المادة ٦٥ منه ، وتقرت هذه الحالة مما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية ، من أن الغيبة لا تعتبر محرمة بالنسبة للمتظلم من انسان .

(١) نقض ١٩٤٠ / ٣ / ٤ - مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٧١ - ١٢٢ .

(٢) د . محمود نجيب حسنى - السابق - ص ٦١٩ ، د . حسنين عبيد - السابق - ص ٢٢٤ .

٢٠٥ - رابعا : حق النقد ونشر الأخبار في الصحف :

وهذه حالة رابعة من حالات إباحة النقد . الذي لا يعمد كثيرا من القذف ، حيث عرفت محكمة النقض بأنه : إهداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته ، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجب العقوبات عليه باعتباره مرتكبا لجريمة سب أو إهانة أو قذف على حسب الأحوال (١) ، ويختلف النقد عن القذف في أن الأخير يتضمن مساسا بشرف الشخص واعتباره ، أما النقد فهو حكم على أي تصرف أو واقعة أو شيء معين ، ويتفقان في أن كلا منهما يتضمن رأيا في غير صالح المنقود أو المقذوف في حقه ، وعللة الإباحة في النقد هي الكشف عن التصرفات الضارة التي تتعلق بالمجتمع ، وهذه الحالة تقترب مما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص حالة الإباحة في الغيبة للمحذر من المكروه والمعرف به .

والنشر في الصحافة يعتبر صورة من صور النقد المباح ، إذا لم يتجاوز حدوده ويتعدى إلى التشهير والانتقام ، وذلك على نحو ما قضى به من أنه : لا يعد ذاقدا من نشر مقالا تحت عنوان : " نفقات حفلات الطرب ، ألم يكن الفقراء أولى بها ؟ " ، وذكر فيه أن بعض الوزراء سلكوا سلوكا معيبا في غير حدود الاحتشام . وصدر منهم من المساخر ما لا يليق بأشخاصهم ومناصبهم (٢) ، وقد جاء في حكم آخر أنه : " متى كان المقال محل الدعوى قد اشتمل على أسناد وقائع للمجنى عليه : هي أنه (مقامر بمصيرامة وحياة شعب ، وأن التاريخ كتب له سطورا يخجل من ذكرها . وأنه تربي على موائد المستعمرين ودعامة من دعائم الاقتصاد الاستعماري الذي يذاه اليهود بأموالهم ، وأنه يسافر إلى بلاد الانجليز ليبرغ كرامة المصريين في الأحوال وليخترع نوعا من التسول هو الاستجداء السياسي) فإنه يكون مستحقا لعقوبة القذف المنصوص

(١) نقض ١٩٦٥/١١/٢ - المجموعة ١٦ - ١٤٩ - ٧٨٧ .

(٢) نقض ١٩٣٢/١/٤ - المجموعة ٢ - ٣١١ - ٣٩٧ .

عليها في المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات ، اذا أن تلك العبارات
تشتمل على نسبة أمور لو كانت صادقة لا وجبت عقاب من نسبت اليه
قانوناً أو احتقاره عند أهل وطنه ، ومن الخطأ اعتبار هذا المقـسـال
نقداً مباحاً لسياسة المجنى عليه ، وقع تحت حسن نية (١)

(١) نقض ١٥/٦/١٩٤٨ ، وقد سبقت الإشارة اليه .

(المطلب الثالث)

الضرر الأدبي الناشئ من زوال البكارة

٢٠٦ - ومن صور ضمان الضرر غير المالي ، الأساس بالشرف والاعتبار ما قرره الفقهاء من ضمان أرش البكارة ، إذا جاء اتلافه نتيجة غصب أو إكراه ، يدل على ذلك ما ذكره ابن قدامة قسماً : " ومن غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين فان كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا . وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة لأن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها (ويفهم من عبارته أنها لو كانت حرة وطاوعة لا مهر لها وهو قول الشافعي في الأمة المطاوعة مستدلاً بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي) ولأنه حق للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر مذافعها ، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزئ منها ، ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ولهذا يزيد على مهر الشيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة (١) .

ويقول في الإكراه : ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها ، لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة ، فان كانت حرة كان المهر لها ، وان كانت أمة كان لسيدها ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر ، لأنه وطئ يتعلق به وجوب الحد . فلم يجب به المهر كما لو طاعتها ، ولذا أنه وطئ نسي غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة ، فاذا كان الواطئ من أهمل الضمان في حقتها ، وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة . وروى عن أحمد رواية أن الشيب لا مهر لها وان أكرهت نقلها ابن منصور ، وهو اختيار أبي بكر ، والصحيح الأول لأنها مكرهة على الوطئ الحرام

(١) المغنى لابن قدامة - ج ٥ - ص ٢٦٧ - مكتبة الرياض الحديثة .
والبكارة لغة : من البكر وهي العذراء ، وإزالة البكارة :
هي التعدي على المرأة بما يزيل فشا بكارتها أو عذريتها ،
راجع : مختار الصحاح - ص ٦١ .

فوجب لها المهر كال بكر ، ويجب ارش البكارة مع المهر كما قدمنا (١) .

٢٠٧ - أقول : ويبدو مما ذكره ابن قدامة : ان ارش البكارة يعتبر مضمونا ضمانا مستقلا عن جريمة الزنا ، وعن وجوب المهر للـسوط ، وان كانت طريقة ضمانه مختلفة في أقوال الفقهاء ، حيث يرى بعضهم انه يقدر كضرر مستقل ويضمن زيادة على ما يجب بجريمة الزنا والمهر ، وبعضهم يرى ان ضمانه داخل ضمن مهر البكر اذ العادة ان مهرها مرتفع لأنه متضمن لضمان البكارة ، وتقدير التعويض عن الضرر في إزالة البكارة يغلب عليه الطابع النفسي ، لأن الضرر المادي الناتج عن الجريمة والاكراه عليها ، قد ضمن بالحد والمهر ، فلم يبق الا أن يكون ضمان الارش ممثلا للابعاد النفسية والمعنوية للجريمة ، وتلك هي فكرة الضرر الأدبي .

(١) المغنى - ج ٥ - ص ٢٧٢ ، ج ٦ - ص ٧٤٩ : حيث يقول : وذكر القاضي في رواية أبي طالب في حق الاجنبية اذا اكراهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وارش البكارة . وهذا قول الشافعي ، وفي قول لا يجب الارش مستقلا ، بل يدخل في مهر البكر ، لكون المهر الواجب هو مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الشيب ببكارتها ، فكانت الزيادة في المهر تمثل مقابلا لما اتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية ، بحقيقته انه اذا أخذ ارش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ، فلا يجب لها الا مهر شيب ، ومهر الشيب مع ارش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه . المرجع نفسه - ص ٧٥٠ .

الفصل الثالث

الضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الانسان

٢٠٨ - وذلك النوع من الضرر الأدبي يمس الانسان في عاطفته وشعوره ، وطاقة الحنان الموجودة في فطرته ، ومن أمثلته ما يحدث للانسان من ألم الاعتداء على أولاده أو أمه أو أبيه أو زوجته ، وكذلك ما يحدث للام التي انتزع طفلها من حضنها أو خطف ، فهذه الأعمال كلها ، تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل الى قلبه الغم والأسى والحزن (١) ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي (٢)

وقد نظر فقهاء الشريعة الاسلامية الى مسألة خطف الطفل في باب السرقة من خلال بيانهم للمال المسروق حيث ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ، الى أن خطف الطفل لا يعد

(١) د . السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٦٥ ، د . أنور سلطان السابق - ص ٥٢٤ ، د . أحمد سلامة - السابق - فقرة ١٨١ ، ود . نعمان جمعة - المصدر السابق - ص ٥٧ ، د . جميل الشرقاوي - السابق - ص ٤٨٤ ، د . توفيق فرح - مصادر الالتزام - ص ٣٨٩ ، طبعة ١٩٧٨ م .

(٢) ومن تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس الانسان في شعوره الأدبي ، ما قضت به محكمة النقض بتاريخ ١٠ / ١٢ / ١٩٥٣ - طعن رقم ٣٤٤ س ٢١ ق - مجموعة القواعد القانونية لربع قرن ، رقم ٣٢ ، ص ٢٦٣ ، وقد جاء في هذا الحكم : " اذا كان الحكم قد قضى للطامن بالتعويض على أساس أن أخلال الشركة المطعون عليها قد اخلت بالتزامها معه ، مما ضيع عليه فرصة كان يترقبها وهي ظهور الافلام وذبوع شهرته من خلالها ، فإنه يكون من غير المفيد الطعن على الحكم بأنه قد وصف هذا الضرر

سرقة لأن الحر ليس به مال فلا تقطع يده السارق به (١) ، وذهب المالكية والظاهرية إلى وجوب القطع لأن الحر الصغير كالعبد فسي حكم المالية فتقطع به (٢) ، كما أن الأعمال التي تصيب الشخص فسي معتقداته الدينية قد تكون جريمة الردة ، إذا وقعت من مسلم ، وإذا وقعت من غير مسلم ذمى فإنها تعد نقضا لعهد (٣) .

٢٠٩ — تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس المشاعر والعواطف :

والضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان في مشاعره وعواطفه أكثر تطبيقاً في الفقه الإسلامي ، حيث أبرز الفقهاء خصائص هذا الضرر وبينوا كيفية ضمانه من خلال استجلاء فائات الأحكام الواردة بشأنه وبينان الحكمة من تقريرها ، ومن المؤكد بالنسبة لنا ، أن ما هو موجود بكتب الفقهاء القدامى يصلح لأن يضع أساساً لتأصيل أحكام الضمان في هذا الجانب الحيوي من جوانب الحياة ، وإعطاء حكم واضح يقدر على علاج ما يتعلق به من آثار .

.. وإذا كان الأمر يتعلق بمدى ضمان الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه ، فإن طبيعة هذا النوع من الضرر تكاد تكون أكثر وقوعاً في ساحة الحياة الاجتماعية ، حيث يعيش الرجل مع المرأة ، ويرتبط معها بروابط الود ، وشائج الرحمة ، وذلك

— بأنه ضرر أدبي فحسب ، بينما يرى الطاعن أنه ضرر مادي ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية - ج ٢ - ص ١٠٩ - عالم الكتب ١٩٧٩ .
(١) راجع : شرح فتح القدير - ج ٥ - ص ٣٦٩ ، ونهاية المحتاج - ج ٢ - ص ٤٦٠ ، والمغنى لابن قدامة - ج ١٠ - ص ٢٤٥ .

(٢) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٣٩١ ، والمحلى لابن حزم - ج ١١ - ص ٤٠٦ ، ولذلك فأنتي سأكتفى في بيان حكم تلك الأعمال في الفقه الإسلامي بالأحالة إلى باب الردة في المذاهب المختلفة .

بحكم التقارب الفطري الذى ركب الله في قلب كل منهما تجاه الآخر وعبر عنه القرآن الكريم أبلغ تعبير في قول الله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " (١) .

ولا شك أن كلا من الرجل والمرأة بحكم ما ركب الله في كسل منهما من فطرة مدفوع نحو الآخر بمشاعر الود ، وأحاسيس الحنان ، بحثا عن هدوء خاطر وراحة البال ، وقد نظم الشارع الحكيم هذا التقارب النفسي بين الرجل والمرأة ووضع له الضوابط الشرعية التى يجتمعان معا في ظلالها ، ويعيشان معا في ضوء أحكامها ، وإذا جمع عقد النكاح بين رجل وامرأة ، وارتبطا معا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، كانت مشاعر كل واحد منهما تجاه الآخر في ظل هذا العقد في قمة السعادة ، وفي غاية الأمل خاصة مشاعر المرأة التى تجد في ارتباطها بزوج توازنا نفسيا يمثل بالنسبة لها أقصى ما تطمح اليه في حياتها .

٢١٠ — وأحكام التشريع الاسلامي لم تغفل قيمة هذا الجانب

النفسي والحيوى والهام في حياة كل من الرجل والمرأة ، وقدرت ان كل مسلك يصدر من أحدهما وينطوى على أساس بمشاعره ، ونيل مسس مواطنه ، يعتبر ضررا محققا قد يقصر عن بلوغ مكانته في نفس كل مسن الرجل والمرأة ، أى ضرر غيره ، ولذا قرر له حكما يحمل معنى الضمان وأن كان لم يصرح بذكره ، ربما لأن علاقة الرجل بالمرأة أسمى ، وأجل من أن توزن بما يوزن به غيرها ، وقد جاء هذا الحكم في أحوال فسيق النكاح بين الزوج والزوجة ، كما اثير في الفقه أيضا بخصوص مسدى مشروعية التعويض عن الضرر الناشئ من فسخ الخطبة . ومن المؤكسد أن تلك الاضرار يغلب عليها الطابع الادبي الذى يمس بصورة ملفوسة عواطف الانسان ومشاعره .

٢١١ - أحوال الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الإنسان :

والضرر الذي يمس العواطف ويذال من الشاعر قد يأتي في مقدمات الزواج من خلال الرجوع في الخطبة ، وقد يأتي بعد الزواج ، وفي الحالة الأخيرة ، فإنه قد يأتي من قبل الزوج وقد يأتي من قبل الزوجة ، وهذا يقتضي الإشارة إلى الضرر الأدبي الذي يمس العواطف الإنسانية من جراء الرجوع في الخطبة والتي الضرر الأدبي الذي يمس العواطف الإنسانية من جراء وقوع الطلاق أو إقصائه ، ومن ثم فإننا سنعالج مسائل هذا الموضوع من خلال بحثين ، أولهما : للضرر الأدبي الناشئ عن فسخ الخطبة وثانيهما : للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الناشئ من الرجوع في الخطبة

٢١٢ - والضرر الأدبي الناشئ عن فسخ الخطبة ، قد خطى باهتمام الفقهاء في كل من الشريعة والقانون ، خاصة ما يتعلق بمدى ضمانه ، وإن كان مجال الفصل بين الاتجاهين في مجال أحكام الأسرة غير واضح لأن قانون الأحوال الشخصية الذي ينظم أحكام الأسرة كما هو معروف مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة ، ومع ذلك فإن الإشارة إلى اتجاه فقهاء القانون والشريعة في تلك المسألة سيفيد في تعميق معنى الضمان في هذا النوع من الضرر ومن ثم تجدر الإشارة إلى ذلك من خلال مطلبين .

(المطلب الأول)

اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض من فسخ الخطبة

٢١٣ - من المعروف في فقه القانون أن الخطبة ليست عقدا ملزما ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بالزواج من شخص معين (١) ، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام ، الذي يقرر حق الإنسان في اختيار من يريد ، في عقد النكاح ، ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج إذا لم يكن خطأ عقديا ، فإنه قد يكون خطأ تقصيريا يوجب التعويض ، ومعيار الخطأ هذا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية ، والاصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي ، لكن هذا لا يمنع أن يكون

- (١) د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - ص ١٨٨ ، حيث يعرف الخطبة بأنها ارتباط أدبي أباحه الشارع الإسلامي كسجاج يمنع الاعتداء عليه ، حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا . والمسألة كلها مزاعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير ، وكان ما ذهب إليه د . السعيد مصطفى السعيد في رسالته بالفرنسية عن مدى استعمال حقوق الزوجية - ص ٨٢ ، وص ١١٧ ، حيث انتهى السعيد أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات ، وأن العدول عنه حق مقيد استعماله بحكمة خاصة ، مشار إليه في سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان ، وقد انتقد هذا الاتجاه بما قرره المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في مقدمة الرسالة المذكورة : أن اعتبار الخطبة عقد لا تساعد عليه النصوص الفقهية ، المرجع نفسه - ص ١٨٩ .

متخذاً عن ضرر أدبي يستوجب التعويض (١) .

١٤ - وقد استقرت هذه المعاني في القضاء المصري بعد اضطراب وتأرجح انتهى إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض إذا نشأ عنه ضرر سواء كان هذا الضرر بسلوك الخطيب أثناء الخطبة ، أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، على نحو يتسبب فسي أحداث أضرار مادية أو أدبية ، وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية : من أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن اغفال اعتبارها ، ولا تحريرها من أي تقدير قانوني ، ففيها يصدر إيجاب يقترب بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم ، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بأحرار التعاقد النهائي في الوقت الملائم ، وأنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاً الالتزام عينا ، أي اجراء هذا التعاقد النهائي ، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاً بهذا الالتزام يوجب التعويض ، وليس في هذا أساساً بحرمة الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل من وعده ، ولكن إذا جرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً ما يبرره أو بغير مسوغ مشروع ، ولمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض ، والتعويض الأدبي لا يقصد به الأثر ، ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل المخطئ ، كما تستحق الخطبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها مادامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح (٢) ، فإذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاء الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية سواء كان الضرر أدبياً أو مادياً ، وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في حكم لها قالت

(١) الوسيط - للسنهوري - ج ١ - ص ٨٢٧ ، والأحكام المشار إليها فيه ، وراجع : د . عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ص ٥٦٢ - دار النهضة العربية ١٩٢٩ م .

(٢) محكمة سوهاج الكلية في ٣٠ / ٥ / ١٩٤٨ ، المحاماة ٢٨ -

فيه : أن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد
بالزواج لا يقيّد أحدا من المتواعدين ، فكل واحد منهما أن يعدل عنه
في أى وقت شاء ، خصوصا ، وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر
للمتواعدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر في شئون
المجتمع لأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناة دهر وتجلسب
شقاء سنين ، وهذا لا يكون اذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض
ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد
فعدول ، قد لزمتهما افعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت
هذه الافعال قد الحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ،
فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس
أنها هي في حد ذاتها - بعض النظر من العدول المجرد - افعال
ضارة موجبة للتعويض (١) .

(١) نقض مدني في ١٤/١٢/١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ - ١٤ - ٣٠ .
وراجع : السنهوري - نظرية العقد فقرة ٤٨٠ ، والوسيط
ج ١ - ص ٨٣ ، ود . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٦٢٢
والاستاذ مصطفى مرمى في المسؤولية المدنية - ص ١١٥ - فقرة ؛
١٢١ ، ود . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٦٣ وما بعدها .
وراجع في أساس المسؤولية في العدول عن الخطبة رسالة
د . السعيد مصطفى السعيد - مدى استعمال حقوق الزوجة -
من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ - ص ٥٣ ، وما بعدها ، وص ٨٢
وص ١١٧ ، وراجع بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية
للدكتور سليمان مرقس - السابق - ص ٨٥ أو بعدها .

(المطلب الثاني)

الضرر الأدبي الناشئ من فسخ الخطبة عند فقها
الشريعة

٢١٥ — من المقرر في الفقه الاسلامي أيضا أن الخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاء التزامات لها قوة الالتزام ، ولكن أقصى ما تدل عليه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا يعقد ، وليس للوعد بعقد قوة الزام عند الجمهور . خلافا لما ذهب اليه المالكية في قول عندهم صححه ابن الشاط - في حاشيته على الفروق (١) ، وهو مذهب ابن شجرة (٢) وقول عند الحنابلة (٣) استدلالا بقول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون " (٤) ، حيث إن الوعد إذا أخلف يكون قولا بلا فعل فيلزم أن يكون كذبا محرما ، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم خلف الوعد من آيات المنافق فيما أخرجه البخاري ، أنه صلى الله عليه وسلم قال : " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان " (٥) ، والأدلة في تحريم خلف الوعد كثيرة خاصة إذا كان الوعد قد ترتب عليه غسارة مالية ، وهذا النوع من الوعد هو المعروف عند المالكية : بالعدة إذا كانت على سبب ودخل الوعد فيه فانها تلزم بحصوله (٦) .

- (١) ابن الشاط - ادرار الشروق على انواع الفروق ، بها مشش الفروق للقرافي - ج ٤ - ص ٢٤ ، دار احيا الكتب العربية .
- (٢) المحلى لابن حزم - ج ٨ - ص ٢٧٢ .
- (٣) كشف القناع - ج ٣ - ص ٣١٦ ، والفتاوى الكبرى لابن تيمية - ج ٣ - ص ٤٧٤ .
- (٤) سورة الصف - الآيات : ٢ ، ٣ .
- (٥) أخرجه البخاري ، راجع : فتح الباري - ج ٥ ص ٢٨٩ .
- (٦) الحطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، مع فتح العليسي المالک - ج ١ - ص ٢٥٦ وما بعدها . وراجع الالتزامات في الشرع الاسلامي - للشيخ أحمد ابراهيم - ص ٢١٦ ، دار الانصار

٢١٦ - والواقع ورغم قوة الأدلة التي يقوم عليها رأى القائلين بالزام الوعد ، وأنه يجب الوفاء به قضا ، إلا أن الخطبة بصفة خاصة لا يسلم لها هذا الحكم ، لأن الوفاء بالوعد فيها اثره عشرة عشر والالزام فيها ، ينطوى على حرج لا يطاق ، ومشقة تفسد معنى الحياة ، ومن ثم فإن المصلحة توجب أن يكون كل من طرفي العقد له الحرية التامة قبل ابرامه ، لأنه عقد الحياة ، ومن المصلحة فيه التروى وترديد الأمر فيه ، حتى اذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبته ، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على عقد تقتضي المصلحة الراجعة فيه أن لا يتم الا بعد رضا تام واقتناع مطلق (١) والقول بالزام الوفاء بالوعد مطلقا ، لا يستقيم مع هذا المعنى في الخطبة ، وينبغي صرفه الى غير الخطبة من المعاملات المالية وغيرها .

لكن القول بعدم الزام الخطبة لا يمنع من حصول اضرار تترتب على هذا العدول ، وهذه الاضرار رغم أنه قد يغلب عليها الطابع المادى ، كما اذا قامت المخطوبة باعداد الجهاز أو تركت عليها الذى كانت تتكسب منه ، أو قام الخاطب باعداد مسكن خاص اشترطته عليه المخطوبة ، ثم عدلت هي عن الخطبة ، فان هذا وغيره يعتبر من الاضرار المادية التي تنشأ عن العدول .

وبجانب هذه الاضرار المادية يوجد نوع آخر من الضرر لا يقل من هذه الاضرار اثرا في نفس الخاطب أو المخطوبة ، بل قد يزيد ، وهو الضرر الأدبي أو المعنوى الذى يتمثل في جرح الشعور والاحساس (٢) وتعريض الطرف الآخر للاقاويل والشائعات ، فهل يرقى هذا الضرر لأن يضمن في الفقه الاسلامي ؟ ذلك ما ينبغي النظر فيه .

(١) في هذا المعنى : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص ٣٨ - دار الفكر العربي .

(٢) د . زكي الدين شعبان - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، فقرة ٥٥ - ص ٧٩ - منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣ م .

٢١٢ - ليس في كتب القدامى ذكر لهذه المسألة :

وبالنظر في كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، لا نجد فيها ذكر لهذه المسألة ، اذ يبدو أن طبيعة الحياة الاجتماعية فسي زمن أولئك الفقهاء لم تكن تسمح باثارة مثل هذه المسألة حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل واصدار الحكم فيها ، لأن مظهر الحياة الاجتماعية المعاصرة فيما يتعلق بمقدمات الزواج ربما ينطوي على مخالفة واضحة لما تقتضي به الأحكام الشرعية ، مما لم يكن موجوداً عندهم ، فالاسلام لا يبيح للخاطب الا النظر والحديث الى مخطوبته والخروج معها بحضور محرم لها ، ولا يتصور في مجتمع يقوم على قسم الاسلام وآدابه أن يلتقي الخاطب مع مخطوبته الا مرة أو مرتين مع محرم ، أما ما استقرت عليها بعض العادات السيئة ، والاعراف الضارة من اغتلاط الزائد والخروج دون محرم ، والظهور أمام الناس بمظهر أقرب الى الزوجة منه الى المخطوبة ، وما ينشأ عن ذلك من اضرار تلحق بالمخطوبة عند العدول ، فذلك لم يكن موجوداً في عهد هؤلاء الفقهاء ، ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الاسلام (١) .

ولكن المسلمين حين انحرفوا عن تعاليم الاسلام في كثير من المجتمعات ، وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مسرعاً مخطوبته وحدها ، ترتب على ذلك اضرار لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب ولا يتم الزواج ، مما دعا الفقهاء المحدثين الى البحث عن هذه الاضرار وبيان حكم الشريعة منها .

(١) المرجع السابق - ص ٨٠ .

٢١٨ - أساس قيام الضرر في العدول عن الخطبة :

ولقد كان رائد الفقهاء المحدثين ، وهم بمصدد البحث عن أحكام شرعية تواجه ما استجد في حياة المسلمين من أضرار أديبه تلحق بالخطوبة اذا حصل العدول من الخاطب بعد اختلاط وخروج ودخول أمام الناس ، أقول : لقد كان رائد الفقهاء في تكيف الضرر الحاصل والبحث عن أساسه أميين :

أولهما : الرجوع الى أقوال قدامى الفقهاء في طبيعة الخطبة ، وهي تكاد تجمع على أن الخطبة وعد غير ملزم شرعا (١) .

ثانيهما : الرجوع الى القواعد الفقهية التي تحكم الضرر .

وقد ترتب على اعتبار الأساس الأول وقد انتهى الى أن الخطبة وعد غير ملزم أنه يجوز لكل من طرفيه أن يعدل عن الخطبة في أى وقت ما دام عقد الزواج لم يتم بينهما ، ومتى كان العدول حقا لكل منهما ، فلا ضمان عليه في استعماله ، لما هو مقرر شرعا : أن الجوار الشرعي ينافى الضمان ، وأن من استعمل حله الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بالتعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال ، ومقتضى هذا ألا يحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن نسخ الخطبة ، سواء كان ضررا أديبيا أم ماديا ، وسواء كان للعاذل دخل في الضرر السبذي لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك (٢) .

كما يترتب على اعتبار الأساس الثاني ، وهو مراعاة القواعد الشرعية التي تحكم الضرر ، والتي تنقضى برفعه أن تفرق بين حالتين :

(١) أبو زهرة - السابق - ص ٣٨ ، وزكى الدين شعبان - المكسان السابق .

(٢) د . زكى الدين شعبان - المرجع والمكان السابقان .

٢١٩ - الحالة الأولى : أن يكون للمعادل من الخطبة دخل في حصول الضرر الذي لحق بالطرف الآخر سواء كان ضرراً مادياً أم أدبياً بمعنى أن يكون الضرر ناشئاً عن فعله الشخصي وليس من مجرد العدول كما لو طلب جهازاً خاصاً أو يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها ، أو يقترب العدول بتصرفات طائشة من المعادل توحى بأنه قد عدل لقادح نفسي عرض أو شرف مما يسمى إلى المخطوبة أساءة أدبية ، أو يشيع عنها مسا يقدح في خلقها ، أو يمس سلامة بدننها كزوجة في المستقبل . أو يكسبون العدول قد تم دون مسوغ مقبول مما يسفر عن طعن للمخطوبة نفسي مشاعرها وعواطفها . وفي تلك الحالة يكون العدول تخريباً وضرباً موجبهين للضمان .

٢٢٠ - الحالة الثانية : أن يخلو العدول مما يوجب الضمان أي يقتصر أمره على مجرد استعمال حق العدول دون مجاوزة له أو أساءة في استعماله ، وهنا لا يتقرر الضمان (١) ، ولا تعارض بين كسبون العدول حقاً ، وبين تعويض الضرر ، لأن التعويض ليس من العسودول المجرد ، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد السير في أسباب الزواج كما ذهب المالكية في رأي لهم في الوعد سبق بيانه ، ولشئ من كانت المصلحة تقتضي عدم تنفيذ الوعد حينما باتمام الزواج ، فلا أقل من التعويض عن الاضرار التي نشأت عنه ، وكان السبب فيها هو المعادل فإن لكل حق ميقاتاً معلوماً في حكم الشرع والانصاف (٢) .

-
- (١) زكي الدين شعبان - السابق - ص ٨١ ، أبو زهرة .
 (٢) أبو زهرة - المرجع نفسه - ص ٤٠ ، د . محمد يوسف موسى -
 أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي - ص ٤٩ فقرة ٥٤ -
 طبعة ١٩٥٨ مؤسسة الخانجي بالقاهرة ، د . محمد مصطفى
 شحاته الحسيني - الأحوال الشخصية - ص ١٧ - طبعة ١٩٨٣ م ،
 د . محمود الطنطاوي - الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية
 ص ٢١ ، وما بعدها - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ،
 د . وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - ج ٧ - ص ٢٧ وما
 بعدها - دار الفكر .

وقد استقر القضاء في مصر على هذا الذي قرره الفقهاء^١ وانتهى كما رأينا إلى أن الخطبة ليست بعقد ملزم ، وإن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض ، وإن العدول عن الخطبة إذا اقترن بأفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (١) .

ونرى رأينا أن ما انتهى إليه القضاء في هذا الموضوع يتفق مع القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، وما تقتضيه الأحكام الشرعية في هذه المسألة ويكون القانون قد تلاق مع مبادئ الشريعة منها .

(١) قررت محكمة النقض هذه المبادئ في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، السابق الإشارة إليه ، وراجع : د . زكي الدين شعبان - المصدر نفسه - ص ٨٢ وما بعدها ، د . بدوان أبو العينين بدوان - الزواج والطلاق في الاسلام - ص ٣٤ - مؤسسة شباب الجامعة .

(المبحث الثاني)

الضرر الأدبي الناشئ من الطلاق

٢٢١ - ولا يقتصر حصول الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه على مجرد العدول عن الخطبة ، فإن هذا العدول قد يكون ضرره محتملا ، كما أن وقوعه قد يكون مستسافا إذا أسفّر الفسخ عن مصلحة تعود على كلا الطرفين قبل أن يشرعا في رابطة تكلف كل واحد منهما عبثا ماليا ونفسيا ، ربما يكون التخلص منه بعد ذلك أمرا مرهقا ، ولذلك كان الطلاق متضمنا لحصول ضرر أدبي ملموس وواضح ، والضرر الأدبي في الطلاق أكثر منه وجودا وأثرا نفسي العدول عن الخطبة ، ولذلك فإنه قد حظى باهتمام التشريع الإسلامي الذي نظم طرق استحقاق التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ من خلال تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي من أهمها المتعة ، وكذلك من خلال اقرار الشريعة الإسلامية لبديل الخلع ، ومن المؤكد أن أحكام الشريعة الإسلامية المقررة في هذا المجال معمول بها في مجال الفقه الوضعي والقضاء ، لأن أصل القانون المعمول به فيها مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، ولكن يبدو أن القضاء المصري في هذا المجال قد اتجه نحو تقرير التعويض عن مجرد الضرر الأدبي أو النفسي الذي ينشأ عن الطلاق مجردا ، وهذا التعويض يعتبر في فقه القانون أمرا زائدا على الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي قررتها أحكام الشريعة الإسلامية ، ولذلك ينبغي تحليل اتجاه الفقه الوضعي والقضاء بخصوص هذا الموضوع ، مع بيان اتجاه الفقه الإسلامي بصدده تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق ، والتي يمكن النظر إليها وتقسما لطبيعتها على أنها نوع من التعويض عن ضرر أدبي ، وسوف نعالج مسائل هذا المبحث من خلال مطلبين :

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الناشئ من الطلاق في الفقه الاسلامي

٢٢٢ — من المعروف أن الطلاق يترتب عليه ضرر أدبي لكسـل من الزوج والزوجة ، وأن وجود هذا الضرر في جانب كل منهما متوقف على تصرف كل واحد منهما قبل صاحبه ، أي أن وجود الضرر الناشئ عن الطلاق بالنسبة لكل واحد من الزوجين على حده يعتبر أمـسـراً نسبياً ، لأن الطلاق إذا أوقعه الرجل ، فإنه يكشف عن رغبة له نسبيـة المفارقة ينتفي معها القول بحصول ضرره فيه ، والا لما أوقعه ، وإذا طلبت المرأة فراق زوجها على مال ، فإن عطشها هذا لا يمكن القطع بحصول ضرر لها فيه ، وإنما الذي يمكن الجزم به أن الطرف الذي أوقع عليه الطلاق هو المضروب ، ومن ثم فإن محدث الضرر قد يكون هو الزوج وقد تكون هي الزوجة .

٢٢٣ — الضرر الذي يحدث من جانب الزوج :

وفرق النكاح قد يأتي من قبل الرجل ، وفي ظل تغير حد ث في قلبه ، وتحول طراً على مشاعره ، دون أن يكون لدى المرأة ما يقابله ، بل ودون أن يكون لدى المرأة أي رغبة في فراقه ، فإذا ما فوجئت بهذا التحول في قلب زوجها ، استشعرت أن الحياة تنهار من حولها ، وأن آمالها في طريقها للذهول والموت ، وهنا يكون ضررها شديداً ، والمها كبيراً ، وشدة الألم لدى المرأة من فراق زوجها لها تختلف في دوافعها بعد عقد النكاح وقبل الدخول ، عنها بعد الدخول وطول العشرة ، ولذا لنسبك قدر الشارع طبيعة الضرر النفسي الواقع على الزوجة في كلتا الحالتين ووضع له مقابلاً من المال يغلب على تكييفه أنه مقابل لما أصابها من ألم الفراق ووحشة البعاد ، وهذه المعاني لا تبعد كثيراً عن مفهوم الضرر الأدنى كما سئرى .

٢٢٤ — الضرر الذي يحدث من جانب الزوجة :

وحصول الضرر النفسي الناشئ في إطار علاقة الزوجة لا يقتصر على الرجل وحده ، بل للمرأة فيه حظ وافر ، فقد تأتي النفرة مسن قبلها ، وترغب في فراق زوجها لأنها تكرهه ولا تطيق عشرته ، وهذا المسلك من قبلها قد يدفعها الى افتدائها نفسها من زوجها نظير مبلغ من المال على نحو ما ورد في الخلع وتتناول هاتين الحالتين بالتوضيح الذي يبرز معنى ضمان الضرر الأدبي فيهما ، وذلك من خلال دراسة أحكام كل حالة في نزع على حدة .

(الفرع الأول)

الضرر الأدبي الناشئ من الطلاق من قبل الزوج

٢٢٥ — والضرر الحاصل من قبل الزوج — كما سبقت الإشارة — يختلف في طبيعته وجسامته قبل الدخول ، عنه بعده ، لأن العشرة الزوجية ، واعتياد نفس الزوجة عليها ، يزيد من وحشة الفراق ، ويضاعف ألم البعاد عما الفتة واعتادت عليه ، ولذلك قرر الشارع للمرأة نصف المهر المسمى في الحالة الأولى ، والمتعة في الحالة الثانية ، ونشير الى هذين الأمرين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة .

٢٢٦ — أولا : وجوب نصف المهر المطلقة قبل الدخول :

إذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وقبل الخلوة الصحيحة ، فإنه يجب للزوجة نصف المهر وذلك إذا كان المهر قد سمي في عقد الزواج تسمية صحيحة ، وحصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، سواء أكانت هذه الفرقة طلاقاً أم نسخاً ، كالفرقة بلفظ الطلاق ، أو بسبب الإيلاء

واللعان ، وكالفرقة بسبب ردة الزوج عن الاسلام أو اباؤه الزوج غير المسلم عن الدخول في الاسلام بعد أن اسلمت الزوجة (١) .
 دليل هذا الحكم قول الله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم " (٢) ، حيث دل هذا القول الكريم على وجوب نصف المهر للزوجة إذا كان المهر مفروضا ، أى مقدرا تقديرا صحيحا ، ومن لطف التشريع في هذه المسألة ، أنه قد ارشد الأزواج الى عدم المطالبة بما يستحقون من التتصيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الافتراق ، يقول الله تعالى : " الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم " (٣) ، وقد روى الدارقطني عن جبير بن مطعم أنه تزوج امرأة من بنى نضر ، فطلقها قبل الدخول بها فأرسل اليها بالصداق كاملا وقال : الا أن يعفون ، وأنا أحق بالعفو (٤) .

٢٢٧ — وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول الحقيقي ،
 والحكمي يتفق مع القواعد الفقهية لأن الطلاق قبل استيفاء أى حكم من أحكام العقد ، يقتضى نقضه من أصله ، ومن شأن هذا النقض أن لا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب من المهر شي ، ولكن الطلاق في ذاته انها للعقد . وليس نقضا له ، كما ان انها العقد

- (١) راجع : بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٢ - ص ٢٩٦ ، بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٢٣ ، وما بعدها ، والمهذب - ج ٢ - ص ٥٩ ، وكشاف القناع - ج ٥ - ص ١٦٥ .
 (٢) سورة البقرة آية ٢٢٧ .
 (٣) تكملة الآية السابقة .
 (٤) مشار إليه في : الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاته - السابق - ص ٧٠ .

وراجع : د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٧ ،
 د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٢١٣ ، د . وهبة الزحيلي السابق - ص ٢٩٣ ، الشيخ محمد أبو زهرة - السابق - ص ٢٢٤

يقرر أحكامه السابقة على الانهاء ، ولا يلغىها ، فكان بهذا النظر
يجب أن يثبت المهر كله . فكان من النظر لهذه المعنيين من غير
ترجيح لأحدهما على الآخر ، أن يجب نصف المهر . إذ أن النظر
الأول ينفي المهر كله . والثاني يثبت كله فتوسطا بين الأمرين وجسب
التنصيص (١) .

٢٢٨ — ولا يشترط للتنصيف أن يكون المهر قد سمي في عقد
النكاح ، بل يجب التنصيف حتى ولو كان المهر قد فرض بعد العقد ،
وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء استدلا بقول الله تعالى : فنصف
ما فرضتم ، حيث بينت الآية أن الواجب نصف المهر ، سواء كانت
التسمية وقت العقد أم بعده ، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق
بالتسمية وقتها ، بدليل أنها تكون واجبة أن تأكد المهر بدخول أو وفاة (٢)

وقد ذهب الحنفية الى خلاف ذلك ، وفي هذا المعنى يقول
الزبيدي : وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف ، يعني إذا تزوجها ،
ولم يسم لها مهرا ، أو نفاه بأن قال زوجيني نفسك على المهر لك ،
فقلت : قبلت ، ثم تراضيا على التسمية . وسمى لها بعد العقد ،
أو تزوجها على مهر مسمى . ثم زادها بعد ذلك وطلقها قبل الدخول
بها ، فإن ما وجب بعد العقد ولا الزائد على المسمى بعده ، لا يتنصف

(١) د . محمد الحسني شحاته - السابق ، أبو زهرة - السابق

ص ٢٢٥ .

(٢) راجع في هذا المعنى : الأم - ج ٥ - ص ٦١ ، قليوبي وعميرة
ج ٣ - ص ٦٩ ، ومنار السبيل - ج ٢ - ص ٢٠ ، وداية المجتهد
ج ٢ ص ٣٦ ، أبو زهرة - السابق - ص ٢٢٥ ، د . محمود
الطنطاوي - السابق - ص ٢١٤ ، زكي الدين شعبان - ص ٢٨٨
د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ١٩٧ .

بل تجب المتعة في الأول ، ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد ، وكان أبو يوسف أولا يقول بتنصف المفروض بعقد العقد والزائد بعده ، وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة بعده (١) .

والحنفية — كما يبدو من أقوالهم — وان كانوا يقولون بعدم وجوب نصف المهر غير المسمى في العقد عند الطلاق قبل الدخول ، فإنهم يوجبون عوضا عنه وهو المتعة ، حيث يقولون بوجوبها فسي هذا الموطن ، والضابط في هذا عندهم كما يقول الكاساني : ان كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في زواج لا تسمية فيه للمهر توجب المتعة ، لأن هذه الفرقة توجب نصف المهر في زواج فيه تسمية — والمتعة عوض عنه (٢) ، ومن ثم كان الطلاق قبل الدخول والخلوة موجبا لعوض باتفاق الفقهاء ، وهو نصف المهر المسمى عند الجمهور ، أو بدله وهو المتعة الواجبة في هذه المسألة عند الحنفية ، أي أن مبدأ التعويض متفق عليه ، أما طريقة التعويض فيبدو أنها هي التي محل خلاف بينهم .

٢٢٩ — شروط وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول :

ويشترط حتى يجب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول ، أو تجب المتعة عند الحنفية شروط :

-
- (١) تبين الحقائق — للزيلي — ج ٢ - ص ١٤١ ، وبدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٢٩٨ ، وما بعدها .
 - (٢) بدائع الصنائع - ج ٢ . - ص ٣٠٣ .

أولها : أن تكون الفرقة بسبب من جهة الزوج ، ولا فرق في ذلك بين الطلاق أو الفسخ ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب خيار الزوج عند البلوغ وقد اختار الفسخ وحكم القاضي له به ، فأنسه لا يجب للزوجة شيء من المهر في هذه الحالة ، لأن الشارع أعطاه الخيار للابقاء على الزواج ، أو المطالبة بفسخه ، فلا بد أن يكون لهذا الخيار فائدة (١) ، وهي سقوط نصف المهر ، لما هو مقدر من أن الجوار الشرعي ينافي الضمان ، فإذا حدثت الفرقة بسبب من جهة الزوجة ، كردها قبل العقد الصحيح عليها ، وقبـل الدخول الحقيقي ، أو الخلوة الصحيحة بها ، فإنها لا يجب لها من المهر شيء ولا تجب لها المتعة أيضا .

ثانيها : أن يكون الطلاق قبل الدخول ، ودليل هذا الشرط قول الله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " (٢) ، فإذا وقع الطلاق بعد الدخول أو الخلوة ، وكان الدخول حقيقيا ، فإنه يجب المهر كله بدلالة الآية الكريمة نفسها ، حيث تدل بمفهومها على وجوب المهر كله إذا كان الطلاق بعد المس ، وهو الواقع (٣) لأن الزوج قد استوفى حقه بالدخول فيتقرر حق الزوجة في المهر كاملا .

ثالثها : أن لا يعترى وجوب نصف المسمى مسقط له ، والاستقاط قد يكون بعفو المرأة أو وليها ، كما يقول الله تعالى : " إلا أن يعفو أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح " ، فإذا طرأ العفو على الوجوب

(١) د . محمود الطنطاوى - المرجع نفسه - ص ٢١٣ وما بعدهها

د . محمد يوسف موسى - المرجع نفسه - ص ١٩٦ ، د . بدران

أبو العينين بدران - المرجع نفسه - ص ٢٠٨ ، د . زكسي

الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٧ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٧ .

(٣) د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨١ .

فانه يسقط . . . وقد يكون الاسقاط بقيام مانع لاستحقاق الزوجية ما يجب في ذمة زوجها لها ، وذلك كما لو كانت الزوجة قد قتلت زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، فانها بهذا القتل يسقط حقها في المهر كله ، ذلك ما قال به جمهور الفقهاء ، وهو ما نرجحه لانها قد انتهت حياة زوجها بالجناية عليه ، ولئن كان القتل مانعا من الميراث فأولى أن يكون مانعا من استحقاق غديره من الحقوق المالية ، كما أن المرتدة اذا كان مهرها يسقط بعصيانها . . فليسقط في حالة قتل زوجها بنفس السبب أيضا (١) .

. . ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، وان كان العمل بما ذهب اليه مخالفوهم ممن قالوا بوجوب المهر للمرأة كاملا بالموت أو بالقتل أي كان هذا القتل ، وذلك ما ذهب اليه أبو حنيفة والصاحبان ، ولقد قرر الامام زفر أن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفا في ذلك كل جمهور الفقهاء ، ودليله : ان قتلها نفسها جناية ، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها ، فيسقط حقها في المهر اذا لم يكن مؤكدا بالدخول من قبل ، وقد ذهب الامام زفر مع جمهور الفقهاء أيضا في قولهم : " ان قاتلة زوجها يسقط مهرها كله قبل الدخول ، فما مهدت الجنايات مؤكدة للحقوق (٢) .

٢٣ . — طبيعة المال المستحق للمرأة بالطلاق قبل الدخول :

ووجوب نصف المهر للمرأة اذا طلقت قبل الدخول ينطوي على معنى المواساة لها ، بتعويضها عما نكبت به في مشاغلها وعواطفها ، وهي في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها ما يبرر فراق

(١) د . محمود الطنطاوى ، المرجع نفسه - ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٢) أبو زهرة - السابق - ص ٢١٩ .

زوجها لها ، فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة ، وقد ألح كثير من الفقهاء من هذا المعنى ، يقول الشيخ محمد أبو زهرة : " ان وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول فيه معسني التبريح بأحسن الذي أمر به الله سبحانه وتعالى حيث قال تعالى : " وسرحوهن سراحا جميلا " ، ولأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر لها (١)

... وما يدل على هذا المعنى ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج ، فان كانت من قبلها لا تستحق شيئا ، لأن تصرفها هنا ينطوي على معنى إسقاط ما هو واجب لها ، ونصف المهر ما هو الا مال يبذل في غير معاضة فلم يبق له معنى الا تعويض الألم النفسي الذي يصيب المرأة من جسر الفراق زوجها .

٢٣١ - ثانيا : استحقاق المطلقة للمتعة :

والمتعة صورة من صور التعويض عما يصيب الزوجة من جسر طلاق زوجها لها وهي تتمثل فيما يقدمه الزوج لزوجته زائدا على صداقها وهذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية ، وانما هي نوع من التعويض عن ألم الفراق كما سبق ، يبدو هذا المعنى واضحا من خلال تعريف الفقهاء لها .

وهي في اللغة : مشتقة من المتاع ، وهو ما يستمتع به (٢) ، وقد عرفت في اصطلاح الفقهاء بنا ببرز فيها هذا المعنى ، حيث تعرف بأنها : هي المال الذي يعطيه الزوج لمطلقة زيادة على

(١) المرجع نفسه - ص ٢٢٥ ، وفي هذا المعنى : محمد مصطفى

الحسيني شحاته - السابق - ص ٧٦ ، د . زكي الديب -

شعبان ، السابق - ص ٢٨٩ ، وراجع : بداية المجتهد

ج ٢ - ص ٢٤ ، حيث يقول : " أنه انما وجب لها نصف

الصداق عوضا عما كان لها لكان الجبر " .

(٢) مختار الصحاح - ص ٦١٤ .

الصداق لتطبيب نفسها ، وتعويضها عن الألم الذي أصابها
بسبب الفراق (١) ، أو هي ما يقدمه الزوج لزوجته بعد فراقه لها
من الثياب أو ما يقوم مقامها . تعويضا لها عن وحشة الفراق (٢)

حكم المتعة والدليل عليه :

وللفقهاء في حكم المتعة تفصيل تجدر الإشارة إليه .

٢٢٢ - أما الحنفية :

فان المتعة عندهم تجب في نوعين من الطلاق ، أولهما :
الطلاق قبل الدخول اذا لم يسم لها مهرا أو سمى لها مهرا ، تسمية
فاسدة ، ودليل هذه الحالة قول الله تعالى : " لا جناح عليكم
ان طلقتم النساء ما لم تسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على
الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " (٣) .
حيث أمر الله في الآية الكريمة بالمتعة للزوجة التي طلقت قبل الدخول
وقبل أن يفرض لها مهر ، والأمر للوجوب ، وقد جاء مقترنا بما يؤكد وهو
قول الله تعالى : حقا على المحسنين .

وقالوا أيضا : أنها بدل من الأمر الواجب وهو نصف المهر
وبدل الواجب يكون واجبا فتكون المتعة واجبة (٤)

-
- (١) د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٩ ، د . محمود
الطنطاوي - السابق - ص ٢١٦ .
(٢) د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٢٠٤ .
(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٦ .
(٤) فتح القدير - للكمال بن الهمام - ج ٢ - ص ٤٤٩ .

وثانيهما : الطلاق الذي يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم
فيه المهر ، وإنما فرض بعده لقول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن مما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعهوهن وسرحوهن سراحا جميلا " ، فالآية الأولى أوجبت المتعة في كل المطلقات قبل الدخول ، ثم خصت منه من سمى لها مهرا فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر ، والآية الثانية أوجبت المتعة لمن لم يفرض لها فريضة ، وهو منصرف إلى الغرض في العقد (١) .

وتكون مستحبة عند الحنفية فيما عدا ذلك ، كما لو فارق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة بها ، وذلك إذا كان المهر غير مسمى في عقد الزواج وهي في هذه الحالة تكون من التسريح بأحسان ، وقد أمرنا الله به في قوله تعالى : " الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بأحسان " (٢) ، وكذلك تستحب المتعة عند الحنفية إذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول والخلوة ، وكان مهرها مسمى في العقد .

٢٢٣ — عند المالكية :

أما عند مالك وابن أبي ليلى والليث : فإن المتعة لا تجب وإنما تكون مستحبة ، لأن الله تعالى جعلها حقا على المحسنين وخصهم بها ، فدل ذلك على أنها على سبيل التفضل والاحسان ، أما بالنسبة لمن لم يسم لها مهرا وقت العقد وطلقت قبل الدخول فلهما نصف المهر (٣) .

-
- (١) راجع في وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين : د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٣١٧ .
(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٦ .
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٢٠ وما بعدها

٢٣٤ — وعند الشاعبة :

المتعة واجبة لكل مطلقة . سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده ، الا المطلقة قبل الدخول اذا سمي لها مهر ، فانسه يكتفى لها بنصف المهر ، فان وجب لها نصف المهر فلا متعة لها ، وفي قول يجب لها المتعة لاطلاق قول الله تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (١) .

٢٣٥ — وعند الحنابلة :

تجب المتعة لكل مطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل التسمية ، وتستحب فيما عدا ذلك لقول الله تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (٢) حيث لم تجب المتعة في تفسير المفوضة التي لم يفرض لها مهر ، لأن الله تعالى : قسم المطلقات الى قسمين : واجب المتعة لغير المفروض لهن ، ونصف المسمى للمفروض لهن ، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه (٣) .

ويبدو من خلال أقوال الفقهاء أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول اذا لم يكن قد سمي مهرها فتجب لها كوجوب نصف المسمى وبأخذ حكمه كل فرقة يتنصف بها المسمى فانها توجب المتعة اذا كانت مفوضة (٤) .

-
- (١) قلهوبي وعميره - ج ٣ - ص ٢٩٠ ، والآية رقم ٢٤٢ من سورة البقرة .
 - (٢) سبق تخريج الآية .
 - (٣) المغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٧١٥ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة .
 - (٤) المرجع والمكان السابقان .

٢٣٦ — يجب لاستحقاق المتعة أن تكون الفرقة من قبل الزوج :

وقد وضع الفقهاء شرطاً لاستحقاق المتعة حاصلة: أن الفرقة يجب أن تكون بسبب من قبل الزوج ، فإذا كانت الفرقة بسبب من جهتها لا تجب لها المتعة بل ولا يجب لها نصف المسمى ، يقول ابن قدامة : " وما يسقط به المسمى من الفرق ، كاختلاف الديسن والفسخ بالرضاع ونحوه . إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة . لأنها أقيمت مقام نصف المسمى ، فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها " (١) .

٢٣٧ — وجوب المتعة للزوجة تعويضاً عن ألم الفراق :

واشترط هذا الشرط ببرز غاية الوجوب في المتعة ومقصده ، حيث يمثل نوعاً من التعويض المستحق لها عن ألم الفراق ووحشته ، والفراق لن يكون موحشاً بالنسبة لها ، إلا إذا جاء بسبب من قبل الزوج دون أن يكون لها يد فيه ، ومن ثم يكون في وجوب المتعة نوع من التعويض لها عن هذا الألم النفسي ، وقد صرح كثير من الفقهاء بهذا المعنى ، حيث قالوا : أن المتعة تعطى للمرأة لتعويضها عن المفارقة في حال الحياة ، بل انهم قد أبرزوا خاصية التعويض عن الألم النفسي وهم يحدد تعريفها (٢) .

(١) المرجع السابق - ص ٧١٦ ، د . محمد يوسف موسى - السابق

ص ٢٠٤ .

(٢) راجع : د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٩ ، د .

محمود الطنطاوي - السابق - ص ٢١٧ ، د . محمد يوسف

موسى - المكان السابق ٤ . محيي الدين عبد الحميد - الأحوال

الشخصية في الشريعة الإسلامية - ص ١٨٣ ، الطبعة

الثالثة ١٩٦٦ مكتبة صبيح .

(الفرع الثاني)

تعويض الضرر الأدبي الناشئ عن الخلع

٢٣٨ - والضرر الأدبي الذي يصيب الانسان في عاطفته ومشاعره ، لا يقتصر حدوثه على جانب الرجل وحده ، بل أن المبادرة فيه قد تقع من جانب المرأة حين يتغير قلبها من جهة زوجها دون أن يكون قد اعتري قلبه أى تغيير من ناحيتها ، بل أن قلبه قد يكون مليئاً بالحب لها وعامراً بالمودة اليها ، ومن ثم يتسبون طلب التفريق من جهتها ضاراً به في نفسه أبلغ الضرر ، ولذلك شرع الخلع ليكون نوعاً من التعويض عن الألم النفسي الذي يصيبه من جراء طلب زوجته فراقه ، وقد عالج التشريع ذلك في مسألتى الخلع والطلاق على ما ل ، ونشير الى هذين الأمرين بشيء من التفصيل

٢٣٩ - أولاً : التعريف بالخلع وبما ينشأ عنه :

والخلع في اللغة معناه الإزالة ، يقال : خلع فلان ثوبه اذا أزاله ، وخلع الزوج زوجته اذا زال زوجيتها ، وقد جرى العرف اللغوي على تسمية الإزالة في غير الزواج : خلعاً (بفتح الخاء) وعلى تسمية الإزالة في الزواج : خلعاً (بالضم) (١) ، وقد سميت إزالة الزوجية مخالعة ، منه لأن كلا من الزوجين لباس للآخر . قال تعالى : " من لباس لكم وأنتم لباس لهن " (٢) ، فكان كل واحد من الزوجين حين مفارقة الآخر ، كأنه قد نزع لباسه (٣) . وفي اصطلاح الفقهاء : مرفه الحنفية بأنه : إزالة ملك النكاح ، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه (٤) .

-
- (١) مختار الصحاح - ص ١٨٥ .
 - (٢) سورة البقرة - آية ١٨٧ .
 - (٣) الاقتناع في حل الفاظ أبي شجاع - ج ٤ - ص ٨٥ ، والمفسنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٢ .
 - (٤) فتح القدير - ج ٣ - ص ١٩٩ ، حاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ٧٦٦ .

كما عرفه المالكية بأنه : الطلاق بعوض سواء كان من الزوجية أم من غيرها من ولي أو غيره بلفظ الخلع ، فمعناه عندهم يتمثل في أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط حقا لها عليه ، فتقع به طلاقه بائنة ، وهو عند المالكية شامل للفرقة بعوض أو بدونها ، كأن يقول لها : خالعتك ، وأنت مخالعة (١) .

وعند الشافعية : يعرف بأنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل (٢) .

كما عرفه الحنابلة بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بالفاظ مخصوصة (٣) .

وقد عرفه كثير من الفقهاء المحدثين بما لا يخرج عن هذا المعنى (٤) .

٢٤٠ — أدلة مشروعية الخلع :

وقد قامت الأدلة على مشروعية الخلع من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والاجماع .

أما الكتاب :

٢٤١ — فيقول الله تعالى : " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود

(١) الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٥٦٨ ، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢ .

(٢) مغنى المحتاج - ج ٣ - ص ٢٦٢ .

(٣) كشف القناع - ج ٥ - ص ٢٣٧ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٢ .

(٤) راجع : د . زكي الدين شعبان - السابق - ص - ص ٤٥٩ ،

محمد أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٥ ، د . محمود الطنطاوى

السابق - ص ٣٣٤ ، د . محمد يوسف موسى - السابق -

ص ٣٠١ .

الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به * (١) ، حيث دل هذا القول الكريم على رفع الجناح عن الزوجين في حالة افتداه الزوجة نفسها من زوجها بما يدفعه له عند خوفها من عدم إقامة حدود الله معه لكرهها أياها ورغبتها في عدم العيش معه ، يقول ابن قدامة : وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته ، جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى : " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (٢) وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " (٣) .

ومن السنة :

٢٤٢ — بما رواه البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله : اني ما اعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الاسلام ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : اتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : زيادة : لا اطيعه بغيضا ، بعد قولها : ولكني أكره الكفر في الاسلام ، واسم المرأة حبيبة بنت سهل الانصاري . وفي رواية الموطأ : هي جميلة بنت أبي سلول (٥) ، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

- (١) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .
- (٢) المغنى - ج ٧ - ص ٥١ . وقد سبق تخريج الآية .
- (٣) سورة النساء : آية ٤ .
- (٤) نيل الأوطار - للشوكاني - ج ٦ - ص ٧٤٦ ، وسبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٢٩٦ .
- (٥) الموطأ . ص ٢٤٨ - وسبل السلام - المكان نفسه حيث ذكر أن البخاري سماها جميلة ذكره عن عكرمة مرسل ، وأخرج البيهقي مرسل أن اسمها زينب بنت عبد الله بن أبي سلول .

عند ابن ماجه : أن ثابت بن قيس كان دميما ، وأن امرأته قالت :
لولا مخافة الله اذا دخل علي لبصقت في وجهه (١) .

وجه الدلالة في هذا الحديث : أنه قد دل على شرعية
الخلع ، وصحته ، وأنه يحل أخذ العوض من المرأة (٢) .

ومن آثار الصحابة :

٢٤٣ـ يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن قدامة في المغنى: عن
عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، كما
روى عن علي (٣) .

ومن الاجماع :

٢٤٤ـ قال بمشروعية الخلع جميع الفقهاء بالحجاز والشام ، وقسـ
قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحدا خالفه الا بكر بن عبد الله المزني ،
فانه لم يجره ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقول الله تعالى : وان أردتم
استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا
أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى
بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " (٤) ، كما روى عن ابن سيرين
وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع ، حتى يجد على بطنها رجلا ، لقول
الله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين
بفاحشة مبينة " (٥) ، وقد قال ابن قدامة : إن هذا مردود بأية

-
- (١) سبل السلام - نفس المكان السابق .
 - (٢) سبل السلام للشيخاني - ج ٣ - ص ٢٩٧ .
 - (٣) المغنى - ج ٧ - ص ٥٢ ، وما بعدها .
 - (٤) سورة النساء - الآيتان ٢٠ ، ٢١ .
 - (٥) سورة النساء - آية ١٩ ، وقد نقل الاجماع ابن قدامة في المغنى
- ج ٧ - ص ٥١ .

الخلع والخبر ، وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فيكون اجماعاً ، ودعوى النسخ لا تسمع حاشي
يثبت تعذر الجمع ، وأن الآية الناسخة متأخرة ، ولم يثبت شيء من ذلك (١) .

٢٤٥ — التكييف الفقهي للخلع :

وضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه مقصد بإيجاب وقبول ، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالتنسبة للرجل والمرأة ، فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة ، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتدائها نفسها ، وخلصها من الزوج ، لكنها ليست معاوضة محضة ، بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن المعاوضة المحضة تكون إذا كان كل من العوضين مالا أو في حكمه ، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع ، وهو افتدائها نفسها وخلصها من الزوج لا يعد مالا شرعاً ، فلا يكون الخلع في حقها معاوضة محضة ، وهذا عند أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب (٢) .

٢٤٦ — وجمهور الفقهاء يعتبرون الخلع معاوضة : فلا يحتاج في صحته الى قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج وماتت المرأة أو فُلسست أخذ العوض من تركتها واتبعت به ، ويجوز رد العوض بالعيب فيه ، لأن اطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر ويصح الخلع منجزاً بمعنى المعاوضة لما فيه من معناها ، ويملك العوض بالعقد (٣) .

-
- (١) المغنى - ج ٧ - ص ٥٢ .
(٢) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٣ - ص ١٤٥ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٢ - ص ٧٦٨ ، والمبسوط للسرخسي - ج ٦ - ص ٧٣ .
(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٥١٨ ، ص ٥٣١ المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ٧٢ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٧ - ص ٦٧ .

وليس معنى المعاوضة في الخلع عند جمهور الفقهاء " قبول البضع ، وإنما هي معاوضة بالمعنى العام لأن ما تبذله المرأة في الخلع لا يقابل مالا ، وإنما يقابله اسقاط حقه في البضع ، وليس فيه تطليك شيء لها ، يقول ابن قدامة : " والخلع كالطلاق معنى يجوز تعليقه بالشـسـرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيه تطليك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع ، فلا يجب مهر المثل ، لأنها لم تبذله ، ولا فوتت عليه ما يوجبها فان خسـرـوج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل أنها لو أخرجته من ملكه بردها أو رضاعها لمن ينفـسـخ به نكاحها لم يجب عليها شيء " (١)

٢٤٧ — آثار التكليف الفقهي للخلع :

ويستفاد مما قاله الفقهاء أنهم متفقون على أن في الخلع صفتين : أنه يمين ، وأن فيه معنى المعاوضة ، وقد ترتب على اعتبار الخلع يميناً من جانب الزوج أنه إذا ألزم نفسه الخلع نظـيـر مبلغ من المال لا يملك الرجوع قبل قبول الزوجة ، لأنه تعلـيـق ، والتعلـيـق لا يملك الزوج الرجوع فيه ، كما أن إيجاب الزوج لا يـطـلـس بقيامه من المجلس الذي أوجب فيه الخلع ، ولا يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة ، لأنه لا يملك الرجوع ، والرجوع يعطيه هذا الحق في مدة الخيار ، كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر في المستقبل وإن يضيفه إلى زمن مستقبل كذلك (٢) .

كما ينبنى على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة لها شبه بالتجـرـمات : أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع على مبلغ من المال

(١) المغنى - السابق - ص ٦٢ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . زكي الدين شعـيـان - السابق - ص ٦٠ وما بعدها ، محمد أبو زهرة - ص ٢٨٥ وما بعدها ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٢٠٣ وما بعدها ، د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٣٤٠ ، وما بعدها .

يجوز لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر ، ولا بد من قبول المرأة في المجلس إذا كانت حاضرة ، أو قبولها في مجلس علمها بالإيجاب أن كانت غائبة ، كما يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها الحق في القبول أو السرد ، ولا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط ، ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتطليق ، والتطليقات لا تقبل التعليق ولا الإضافة ، كما أن بدل الخلع لا يلزم المرأة إلا إذا كانت أهلا للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، لأن للخلع صفة التسبّع مع أنه معاوضة من قبل الزوجة (١) .

٢٤٨ - الآثار التي تعترى على وقوع الخلع :

ويعترى على وقوع الخلع مستوفيا شروطه آثار شرعية تتمثل في وقوع الطلاق بائنا عند جمهور الفقهاء (٢) ، أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية فيه عن الإمام أحمد ، ففي إحدى الروايتين أنه نسخ ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحمد قولي الشافعي ، والرواية الثانية : أنه طلاق بائنة ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة ابن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقد روى عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم ، وقال : ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه نسخ ، واحتج ابن عباس بقول الله تعالى : " الطلاق

-
- (١) د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٢ ، أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٧ ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠٤ ، د . محمود الطنطاوي - السابق - ص ٣٤٢ .
- (٢) بدائع الصنائع - ج ٣ - ص ١٤٤ ، هداية المجتهد - ج ٢ - ص ٦٩ والمهذب - ج ٢ - ص ٧٢ ، والشرح الصغير - ج ٢ - ص ٥١٨ .

مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفستم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (١) ، ثم قال الله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " (٢) ، فذكر الله تطليقتان والخلع ، وتطليقة بعده ، فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلاق أربعة ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخا كسائر الفسوخ (٣) .

ووجه الرواية الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقا (٤) .

٢٤٩ — أقول : وسواء كان الخلع حكمه الطلاق البائن أو الفسخ فإن المرأة ترفع نفسه ضررا نفسيا محققا مقابل ما تدفعه للزوج كمقابل لتعويضه عن الضرر الذي يمكن أن يكون قد حل به بسبب فراقها له بسبب من جهتها .

كما يترتب على الخلع لزوم بدل الخلع في ذمة الزوجة ، سواء كان مبلغا من النقود أم منفعة تقوم بهمال كأجرة الرضاعة أو الحضانية ، كما تسقط كل حقوق الزوجة الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر من المهر والنفقة ، أما الديون التي لا تتعلق بهذا الزواج الذي انتهى

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٠ .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ٢ - ص ٥٦ وما بعدها .

(٤) المرجع والمكان السابقان .

فلا يسقط منها شيء ، وعلى ذلك لا يكون لها عليه شيء من المهر —
الذى لم تقبضه سوا* كان الخلع قبل الدخول أم بعده ، ويسقط مالها
من نفقة ماضية تجمدت عليه وكذلك يسلم لها كل المهر الذى دفعه
وليس له استرداد شيء منه ، ولو كان الخلع قبل الدخول ، ولا يسترد
شيئا من النفقة التى قد عملها لها قبل الخلع ، وقبل استحقاقها لها ،
ولا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة على الزوج حين الخلع ، حيث
لم يكن أو أنها قد جاء بعد ، الا اذا نص عليها كبذل للخلع ، فإنها
تسقط في هذه الحالة ، وأساس سقوط هذه الحقوق المالية بالخلع أن لفظه
ينبنى عن ازالة العلاقة التى كانت تربط بين الزوجين ، وتجعل لكل
واحد منهما حقوقا على الآخر ، فمتى زالت سقطت كل هذه الحقوق
عند أبي حنيفة ، وقد خالف في هذا الامام محمد بن الحسن ، حيث
يرى أن حقوق الانسان لا يسقط منها شيء من غير أن يسقطه ، والامام
أبو يوسف يتفق مع أبي حنيفة في سقوط كل تلك الحقوق المالية
بالمباراة ، أما في الخلع فلا تسقط لأن لفظ الخلع ليس نصا في البراءة
من كل شرط (١) .

وعند جمهور الفقهاء لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية
الا باسقاطه ، سوا* تم بلفظ الخلع أم المباراة ، فهو تماما كالطلاق
على مال يقع به الطلاق باثنا ، ويجب به البذل المتفق عليه ، لأن الحقوق
لا تسقط الا بما يدل على اسقاطها قطعا . وليس في الخلع دلالة
على اسقاط الحقوق الثابتة لأنه معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضة
لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان (٢) .

-
- (١) راجع في بيان رأى الحنفية في هذه المسألة : المبسوط - ج ٦ -
ص ١٨٩ ، وص ١٩٠ ، وبدائع الصنائع للكاساني - ج ٣ - ص ١٥١ ،
وما بعدها ، وفتح القدير - ج ٣ - ص ٢١٥ ، وحاشية أبوسن
عاهدين على الدر المختار - ج ٢ - ص ٥٧٤ ، وما بعدها .
- (٢) بداية المجتهد المكان السابق ، ومعنى المحتاج - ج ٣ - ص ٢٧٧ ،
كشاف القناع - ج ٥ - ص ٢٤١ ، ود . زكي الدين شعبان -
السابق - ص ٣٠٩ ، د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٣٤٣ ،
وما بعدها ، أبو زهرة - السابق - ص ٣٩١ ، وما بعدها .

ورأى الجمهور هو الراجح في نظرنا لأنه يتفق مع العدالة ، كما يتفق مع قواعد الشريعة التي تقضي بأن الاتفاق لا يسرى الا على ما يتناوله وينصرف اليه .

٢٥٠ - مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسي :

ويبدو من خلال ما وضعه الفقهاء لاستحقاق بدل الخلع من شروط ، أنه يتمخض عن تعويض الزوج الذي سبب له طلب زوجة فراقه لما نفسيا ، عما اصابه من ضرر ، وهو بهذا الألم الذي حصل به يكون مستحقا لما قرره الشارع له في بدل الخلع ، فالخلع مشروع للكره الحاصل في نفس المرأة دون أن يقابلها في نفس الزوج كره مثله ، ولذلك فإنه يحرم على الزوج عضل زوجته والاضرار بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه ، فإن فعلت ذلك بسبب من جهته فالخلع باطل (١) والعوض مردود روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة ، وعمر بن شعيب ، وحديد بن عبد الرحمن ، والزهرى وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي واسحاق ، بدليل قول الله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبن ما أتيتهن من الا أن يأتين بفاحشة مبينة " (٢) .

وعلى هذا فلو اضر الزوج بزوجته لتفتدى نفسها منه ، فإنه لا يحل له أخذ العوض لأنه يعتبر اكراها منه لها على بدل المال لزوجها في سبيل طلاقها ، وهذا لا يجوز (٣) ، لقوله تعالى : " ولا تصكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " (٤) .

-
- (١) المغنى لابن قدامة - ج ٢ - ص ٥٤ ، وما بعدها .
 - (٢) سورة النساء : آية ١٩ .
 - (٣) المغنى لابن قدامة - المكان السابق ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٦٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٥٥ .
 - (٤) سورة البقرة - آية ٢٣١ .

واشترط أن يكون طلب التفريق من جهة المرأة أو أن يستم قبولها فيما لو صدر الإيجاب منه هنا على كرهها له ، يدل على أن الضرر النفسي الحائق به يعتبر ضررا معتبرا شرعا ويستوجب تعويضه على النحو الذى قرره الشارع في باب الخلع (١) .

٢٥١ - ثانيا : الطلاق على مال :

الطلاق على مال ، هو الذى تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ، وهو بهذا يختلف من الخلع ، ولا تترتب عليه أحكام الخلع وإنما يترتب عليه أحكام تختص به ، بعضها يتفق مع أحكام الخلع ، وبعضها يختلف معها .

٢٥٢ - أ - الأحكام التى يتفق فيها الخلع مع الطلاق على مال :

يتفق الخلع مع الطلاق على مال في أمرين :
الأول : قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال أمر لا بد منه لأنها معارضة من جهتها والمعارضة لا بد فيها من القبول ، فإذا لم تقبل المرأة لا يصح الخلع ولا الطلاق على مال وإذا قبلت صح ذلك وترتبت الأحكام الشرعية .

الثاني : الطلاق الذى يقع بالخلع ، وبالطلاق على مال يكون طلاقا بائنسا ، لأنها لا يمكنها الخلاص من سلطان الزوج إلا به . أما الطلاق الرجعي ، فلا يترتب عليه ذلك لا مكان مراجعتها من غير رضاها ، فهو لا يترتب عليه أى ضرر نفسي للزوج .

(١) راجع في هذا المعنى : د . محمود الطنطاوى - السابق - ص ٣٣٨ ، أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٨ ، د . وهبة الزحيلي - السابق - ص ٤٩٩ ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠٥ ، د . زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٢ ، ص ٤٦٤

٢٥٣ - ب - الأحكام التي يختلف فيها الخلع مع الطلاق
على مال :

كما أن الخلع يختلف مع الطلاق على مال في أمرين :

الأول : الطلاق على مال لا يسقط أي حق مالي أصلاً
بالاتفاق بين ائمة المذهب الحنفي والخلع يترتب عليه إسقاط بعض
الحقوق العالية عند أبي حنيفة ، كما سبق .

الثاني : إذا بطل البذل في الطلاق على مال ، وقع الطلاق
رجعياً ، وإذا بطل البذل في الخلع وقع الطلاق بائناً ، والسدى
يجرى عليه العمل في القضاء في مصر أنه إذا بطل البذل في الخلع
أو في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعياً (١) .

(١) المبسوط - ج ٦ - ص ١٢٩ ، وبدائع الصنائع - ج ٣ - ص ١٥٢
والهداية مع فتح القدير - ج ٣ - ص ٣٠٥ ، وما بعدها .
وراجع : د . محمود الطنطاوي - السابق - ص ٣٤٤ وما
بعدها ، د . محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣١٠ ، د . زكي
الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٨ وما بعدها ، أبو زهرة
السابق - ص ٣٩١ وما بعدها .

(المطلب الثاني)

اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض
عن الطلاق

٢٥٤ - أثبتت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الآلام النفسية الناشئة عن الطلاق ، حين تعرض فقه القانونيين لطبيعة حق الطلاق ، وما اذا كان هذا الحق مطلقاً أو مقيداً ، ومن المؤكد أن تحديد طبيعة حق الطلاق وفقاً لما اذا كان مطلقاً أو مقيداً تترتب عليه نتائج هامة ، منها أنه لو كان مقيداً فإن استعماله سيترتب عليه قيام المسؤولية عن استعمال هذا الحق ، وجواز الاتفاق على التنازل عنه ، والاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطاً جزائياً أو التزاماً شرطياً وما يترتب على هذا التكييف القانوني أو ذاك ، ونشير الى ذلك بشيء من التفصيل .

٢٥٥ - أولاً : طبيعة حق الطلاق :

أما بالنسبة لطبيعة حق الطلاق ، وما اذا كان مطلقاً أو مقيداً ، فإن تلك الطبيعة كانت قد أثارت جدلاً في الفقه والقضاء حيث ذهب جانب منهما الى أن حق الطلاق ليس حقاً مطلقاً ، وإنما هو مقيد بهوجب أن يكون لحاجة تدعوا اليه ، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية (١) .

(١) د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام - ص ١٩١ -
طبعة ١٩٨٧ م ، والشيخ أحمد إبراهيم ، الأحوال الشخصية - ص ٧٦ - طبعة ١٩٣٠ ، والشيخ عبد الوهاب خلاف - الأحوال الشخصية - ص ١٤٦ - طبعة ١٩٣٨ ،
وحسين عامر ، وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص ٢٧٨
وما بعدها - طبعة دار المعارف سنة ١٩٧٩ .

وهذا الرأي يجي* بنسجها مع ما كانت المحاكم الابتدائية تراه : من أن الطلاق لا يباح الا لحاجة ، وان استعماله مقيدا بتحقيق تلك الحاجة ، فاذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب ، كان ذلك اساءة منه لاستعمال حقه موجبا لمسئوليته (١) .

وهذا الاتجاه الفقهي والقضائي يعد مخالفا لما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة ، التي كانت تقضي بأن ايقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف يشاء ، فليس لمن تتزوج به ، وهي عالمة بذلك أن تطلب تعويضاً عنه بعد وقوعه (٢) ، وفي هذا الاتجاه أيضا يجي* حكم محكمة استئناف مصر والذي جاء فيه : ان حق الطلاق مخول في الشريعة الاسلامية للزوج ، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها (٣) .

٢٥٦ — وفي تطور لاحق اصدرت محكمة استئناف مصر حكماً آخر معدلاً من الاتجاه الذي سبق ان سارت فيه على غرار محكمة الاستئناف المختلطة ، والحكم اللاحق الذي أصدرته يدل في ظاهره على أنها تعتبر ايقاع الطلاق حقاً مقيداً ، لكنها خففت من هذا القيد الى حد يجعله في حكم العدم ، حيث تأسس حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعي اذا لم يقصد

(١) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ - المحاماه -

٦ - ٣٣٣ - ٢٥٥ ، وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - المحاماه -

١٣ - ١١٣٣ - ٥٦٤ ، ومحكمة شبين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ - المحاماه - ١١ - ٥٤٠ - ٢٧٧ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ م ، مشار اليه في د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٩١ .

(٣) محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٨ / ١٢ / ١٩٢٨ ، المحاماه -

باستعماله سوى الاضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وأن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجة حتى يكون في استعمال حقه في التطليق منفعة له ، وأن الزوج اذا طلق زوجته غداة العقد عليها ، فلا جناح عليه في ذلك ، حتى ولو كانت الزوجة مدركة وقد تمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها ، رغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطلاق من أقاويل وشبهات تؤثر في سمعتها الأدبية ورزقيها ، وقد انتقد هذا الحكم بأنه لا يكفي أن يكون الزوج قد قصد من ايقاع الطلاق الى مجرد الرغبة في الخلاص من رابطة الزوجية ، حتى يكون في ذلك منفعة له له تبرر استعماله حق الطلاق ، وترفع عنه مسئولية الاضرار التي تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر في استعمال حقه في التطليق (٢) .

٢٥٧ — محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد :

وقد أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وامكان وقوع الاساءة في استعماله باقرارها أسباب الحكم الابتدائي الصادر في الدعوى التي أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق وقد جاء في أسباب هذا الحكم : ان حق الطلاق وان كان مقررا للزوج المسلم شرعا ، الا أنه حق مكروه ، ويكفي في بيان كراهيته ما جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم ، اذ قال : " ابغض الحلال الى الله الطلاق " ، حيث دل على أن الأصل في الطلاق

(١) محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ م ، المحاماه

١٧ - ١١٩ - ٥٨ .

(٢) د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٩٢ ، ومجلة القانون

والاقتصاد - السنة السابعة - ص ٣٥٢ ، حسين عامر ،

وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٢٨١ وما بعدها .

المنع ، ولا يباح الا لحاجة كبرى وريبة فهو مشروع من جهة ، ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث إن فيه إزالة الزواج عندما تكون هناك داعية اليه ، وحظره من ناحية أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المعالجات الدنيوية والأخرى والقول بأن الشريعة الإسلامية جعلت إيقاع الطلاق حقا مطلقا للزوج ، أن يستعمله دون أن يؤدي عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية رغبة منها في ستر أسباب الطلاق ، ومنعها لكشف عيوب الأسر ، ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها ، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م للزوجة أن تطلب الفرقة اذا دعت اضرار الزوج بها مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وبدهى أن بحث ذلك دفعا ودفاعا قد يكشف الستر عما يقول الطامع، إن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية (١) .

٢٥٨ — الاتجاه اللاضي باطلاق حق الطلاق منتقد :

وقد انتقدت الأحكام التي نحت منحى اطلاق حق الطلاق بأننا لو سلمنا بما قضت به لعمت الفوضى الخلقية جميع البلاد ، ولجواز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر، فيعقدوا عليهن ، ثم يطلقوهن في اليوم التالي لغير سبب سوى الخلاص منهن

(١) مجلة المحاماة ٢٠ - ص ١١٤٩ ، وراجع : د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٩٢ ، وما بعدها . وانظر : نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ - مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٨١٢ - ١٤٤ ، و ٢٠٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٩٤٣ - ٢٩٣ ، و ٢٠ مارس سنة ١٩٦٩ . مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٤٥٨ - ٧٤ .

وبدون مسئولية عليهم في ذلك ، وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى ، فالشريعة الاسلامية تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقتها للحكمة التي دعت الى تشريعها وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق ، وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة وتقيدته أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته على سبيل التعويض وذلك وفقا لرأى المالكية والشافعية بسبب ما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (١) .

ثم ان ايقاع الطلاق من خلال مسلك يكشف عن رعونة وعدم تبصر ، ينطوي على اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ومهما قيل من أسباب تبريره ، فان الأسباب الداعية اليه لا بد أن يكون قيامها سابقا على العقد ، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريها قبل العقد ، ما دام قد أمكنه معرفتها قبله ، ومن ثم يكون ايقاع الطلاق من خلال هذا المسلك استعمال لحق في غير حذر ولا حرص ، وهو يلحق بالمطلقة ضررا غير عادي يجب تعويضها عنه (٢) .

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٢٠٢ ، ويرى الدكتور السعيد مصطفى السعيد في رسالته أن المتعة تجب للمطلقة تطييبا لنفسها وجبرا لا يحاشها ، فهي تعويض لها عما يلحقها بسبب الطلاق ، مشار اليه في المرجع السابق - نفس المكان بالهامش .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٢٠٢ وما بعدها ، ولقد سبق لقانون الأحوال الشخصية في سوريا - المرسوم التشريعي رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ ان وضع عنوان : طلاق التعسف فوق المادة ١١٧ والتي كانت تنص على أنه : اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما

٢٥٩ - ثانيا : الآثار الناشئة من تقييد حق الطلاق :

وإذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا وفقا للاتجاه الغالب فيهما الى أن حق الطلاق حق مقيد ، فإن هذا التكييف للحق تترتب عليه آثار منها : أنه يمكن وقوع الاساءة في استعماله وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقها من جراء الطلاق ، ذلك أم مقرر وواضح ، وهو نتيجة منطقيــــــــــــــــة لتكييف حق الطلاق على أنه حق مقيد ، ولكن السؤال الذي يرد هنا ، هل هذا التعويض يعد أمرا مستقلا عما قرره الشريعة الاسلامية للمطلقة من متعة ؟ ، أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه ؟ ذلك ما نود الاجابة عنه .

٢٦٠ - اتجاهان حول مضمون التعويض :

يترجح لدينا أن هناك اتجاهين في الفقه والقضاء ————— حول مضمون التعويض الذي ينشأ عن اساءة حق الطلاق ، الذي هــــــــــــــــو في طبيعته حق مقيد كما رأينا .

٢٦١ - أولهما : يميل الى أن اساءة استعمال حق الطلاق

يستأهل التعويض على نحو مستقل ، تعويضا للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي ، ترتب على تلك الاساءة ، وهذا التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجردا ، وإنما يتمثل مصدره في أمر آخر غير مجرد وقــــــــــــــــوع الطلاق كالانفاق الحاصل بين الزوج والزوجة بصدده ، وذلك على نحو ما قضت به محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠م

سبب معقول ، وإن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة ، جــــــــــــــــاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجــــــــــــــــة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لامثالها فوق نفقــــــــــــــــة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال .

جاء فيه : أن تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وانما ينتفى الالتزام بالتعويض اذا كانت الزوجة هي التي دفعت الزوج بفعلها الى تطلقها ، ومن المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه حتى ولو كان هذا العمل مشروعا كالطلاق أو الزواج بأمرأة ثانية ، فهذا التعهد وان كان لا يمنع من الزواج بأخرى ، الا أنه اذا التزم أن يدفع تعويضا ماليا لزوجته الأولى في هذه الحالة ، فان التزامه يكون صحيحا ، ولا يعترض عليه بان الالتزام هنا شرط جزائي تابيع لالتزام أصلي باطل ، فان الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التزاما أصليا معلقا على شرط واقف هو الزواج بأخرى ، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته ، اذا طلقها ، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقترن بشرط جزئي ، بسل على أنه التزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق (١) .

٢٦٢ - ما يستفاد من هذا الحكم :

يستفاد مما انتهت اليه محكمة النقض في هذا الحكم أن التعويض عن الطلاق يعد امرا زائدا عن التعويض المضروب بالشرع ، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما ، فاذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجردا ، فان التعويض هنا سببه ومصدره هي الارادة التي تمثلت فسي اتفاق بين الزوج وزوجته على هذا التعويض ، والذي تمخض عن استمرار شرطي ما كان ليوجد لولا الاتفاق عليه (٢) ، وقد علق الطرفان وجسود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقيق الأمر المستقبل أو عدم تحققه ، اذ لو علم ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتبا باتا (٣) .

(١) نقص مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، المحاماه ٢٠ - ١١٤٦ -

٤٨٣ .

(٢) سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٩٣ .

(٣) المرجع نفسه - ص ١٩٥ .

يترتب على ذلك أن الالتزام الشرطي يصير مستحقاً بمجرد تحقق الشرط ، وهو وقوع الطلاق في تلك الحالة - بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين ، أو إصابة الدائن بضرر ، ويعتبر مستحقاً من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط بناءً على المادة ١٠٥ مدني التي تجعل للشرط أثراً رجعياً (١) .

ولو لم يكن لهذا الالتزام بالتعويض ذاتية مستقلة لما كان للنص عليه بالاتفاق فائدة ، حيث أن أحكام الطلاق كانت ستغني عنه على أساس أن وقوع الطلاق في حد ذاته يعد سبباً يترتب عليه استحقاق المتعة ، فالتجاه لإرادة إليه دليل على أنه متميز عنها ومقصود لذاته ، وإذا كان سبب المتعة اجراءً الطلاق دون اعتساف ، فإن سبب هذا الالتزام هو الاساءة في استعمال حق الطلاق .

٢٦٣ - ثانيهما : يرى أن هذا التعويض لا يخرج عما قرره

أحكام الشريعة بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة ، والتي هي عبارة عما يدفعه الزوج لمطلقة بعد الفرقة بينهما ، وذلك تطيباً لخاطرهما وجبراً لإحاشائها فهي من هذا المنطلق لا تخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسي وأدهي بسبب الطلاق (٢) .

-
- (١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : حسين عامر وعبد الرحيم عامر المرجع السابق - ص ٢٨١ ، حيث يقرران أنه : سبق القسول أن الطلاق ينزل منزلة المجرم المنهي عنه ، وهو على الأقل بغض إلى الله ، وليس من أدنى رتبة أن للحاكم شرعاً أن يعاقب بالتعزير كل من يقترب محرماً أو معصية وذلك التعزير يختلف بحسب كل معصية ، وهذا يعني أن للحاكم أن يوجب التعويض على من يطلق زوجته بلا مبرر أو بغير سبب مقبول .
- (٢) د . السعيد مصطفى السعيد - في رسالته اساءة استعمال حق الطلاق - ص ٢٤٥ ، وراجع : الشيخ أحمد إبراهيم - الأحوال الشخصية - فقرة ٢٠٣ .

يقول الاستاذ الدكتور سليمان مرقس (١) : وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه في الطلاق ، والزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر مادي أو أدبي ، ثم يقول : فالشريعة تحظر الطلاق الا لحاجة ماسة اليه ، وتقيد استعماله بوجوب مطابقتها للحكمة التي دعت اليها تشريعها وهي تعذر الوفاق ، وتفيده أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حلال رابطة الزوجية ، فاذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته (٢) ، وهذا القسول صريح في أن التعويض المستحق هو المتعة .

٢٦٤ — تلخيص هذين الاتجاهين :

والاتجاه الثاني متفق مع ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص المتعة للمطلقة ، لكن تنظيم الشريعة الإسلامية للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر ، كما أن تقديم التعويض عنه يدور مع هذا الشمول فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول ، وقد يتقرر للزوج في بدل الخلع ، ومن ثم يمكن القول أن للشريعة الإسلامية نظرة شاملة في هذا الموضوع يفتقدها القانون ، أما الاتجاه الأول ، فإنه ينطوي على زيادة تمثل مزيدا على ما جاءت به الأحكام الشرعية ،

(١) د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ٢٠٢ ، والأحكام القضائية المشار اليها فيه .

(٢) المرجع نفسه - ص ٢٠١ وما بعدها .

ومن المعروف أن أقصى حالات الاعتساف في وقوع الطلاق ، هي الطلاق المحرم والطلاق المكروه ، والأول يكون في حال البدعة ، كما لو طلسق زوجته في حال الحيض ، وهذا لا يترتب عليه أثر مالي ، وإنما السبب يترتب عليه هو الأثم الذي يستوجب العقاب الأخرى ، أو عدم الاعتداد بوقوع الطلاق في حال الحيض على نحو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن حزم الظاهري (١) ، وليس من ضمن تلك الآثار مطلقاً استحقاق مبلغ من المال يكون الطلاق المحرم ، وهو الذي يمثل أقصى صور الاعتساف سبباً في استحقاقه للزوجة وفي حالة الطلاق المكروه ، وهو الذي يوقعه الزوج لغير حاجة ، فإن كل ما يترتب على الكراهة مجرد الأثم الذي يستوجب العقاب الأخرى فقط ، وليس من ضمن أحكامه استحقاق المطلقة لمبلغ من المال ومن ثم يكون هذا التعويض الناشئ بسبب التعسف في استعمال الطلاق أمراً زائداً .

٢٦٥ — وربط الطلاق بالمال يجعله أشبه بسلعة مبتذلة ، والأمراض يجب أن تصان عن هذا الامتهان ، كما أن الاتفاق على جعل الطلاق نظير مال سيمثل ذريعة لنكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وكلاهما باطل ، والباطل حكم التحريم ، وذريعة المحرم تكون على وفق حكمه .

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وخلاف الأولى ، والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو أیذائها أحداً لها فيه من قطع الألفة ، وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد ، وقد قال الله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : ابغض الحلال السيئ الله الطلاق ، وقوله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة (٢) .

(١) راجع : المحلى لابن حزم - ج ١٠ - ص ١٩٧ - مسألة ١٩٥٣ ،

ونيل الأوطار - للشوكاني - ج ٦ - ص ٢٢٦ .

(٢) نيل الأوطار - ج ٦ - ص ٢٢١ ، راجع : رأى الجمهور

في أن الأصل في الطلاق الحظر ، حاشية الدسوقي على

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة والمخاطر الطلاق المتعددة ومن ثم كان ايقاعه بلا حاجة حمقا ، وسفاهة ورأى ، ومجرد كفران النعمة ، واخلاص الايذاء بها وبأهلها وأولادها .

... ومع ذلك فان كل ما يترتب عليه هو الاثم ، لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للاثبات الظاهر في القضايا ، وقد تكون مما يجب ستره حفظا لسمعة المرأة ، ومنعا من التشهير بها ، ولهذا كان الأصل الا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق (١).

..

الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٦١ ، والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٧٨ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٩٧ ، وقارن ما ذهب اليه الحنفية من أن الأصل في الطلاق الاباحة ، حاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٢ - ص ٥٧١ ، وما بعدها .
(١) د . وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - ج ٧ - ص ٤٠١ - دار الفكر ببيروت .

الفصل الرابع

الضرر الأدبي الناشئ من مجرد الاعتداء على حق
ثابت للإنسان

٢٦٦ - والضرر الأدبي الناشئ من مجرد الاعتداء على حق ثابت للشخص يعتبر أحد تطبيقات الضرر الأدبي وهو قد يتمثل في مجرد الاعتداء على حق مالي للشخص ، كما في دخول أرض مملوكة للمضروب وهو المالك على الرغم من معارضته ، فإنه يجوز له أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر وهذا الضرر في الواقع يعتبر ضرراً أدبياً ناتجاً من جراء الاعتداء على ملكه إذ أنه لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء ، فالضرر الأدبي قد يترتب على مجرد الاعتداء على حق الشخص على نحو ما سبق .

ومن صور ذلك النوع من الضرر افتحام شخص ملك غيره غصباً (١) ، وقد يتمثل الاعتداء على حق غير مالي ثابت للشخص كحقه في تمييز ذاته ، وحقه في الخصوصية على نحو ما سترى .

٢٦٧ - الاعتداء المجرد على حق مالي للشخص في الفقه الإسلامي :

والاعتداء المجرد على حق مالي للشخص يعد ضرراً أدبياً ، وهو قد يتمثل من نقص معنوي في الشيء الموجود تحت اليد بطريق

(١) الوسيط للسنهوري - ج ١ - ص ٨٦٥ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - ص ٤٤٠ ، د . جمال الدين زكسي - السابق - فقرة ٢١٥ ، وفي هذا المعنى : د . توفيق حسن فرج - السابق - ص ٥٥ ، فقرة ٢٩٦ ، د . عبد المنعم فرج المسد - السابق - ص ٥٩٠ ، حسين عكوش - المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد - ص ١١٠ .

غير مشروع كالغصب ، وهو المسمى في المذهب الحنفي بالنقصان ، والذي يعد صورة من صور الاتلاف المعنوي ، ويقع عن طريق الغصب . وهو وضع اليد على مال الغير قهراً وعنوة ، كما يقع بوضع اليد على مسال الغير بوجه غير مشروع وقد مثلوا لذلك بما لو وضع يده على عقار غيره ، لنقص بسكناء أو بهزره فانه يضمن النقصان بالاجماع (١) ، وكذلك لو غصب عينا لغيره ، فأجرها فنقصت فإنه يضمن النقصان ، وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية فقالت : لو اطرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة ، فانه يضمن نقصان القيمة (٢) .

والأمثلة التي ضربها فقهاء الحنفية لتصوير النقص الناشئ عن الوضع غير المشروع لليد على مال الغير ربما تدل أكثر على ضمان النقص المعنوي فيها ، لأن النقص اللاحق بالعين في الأمثلة التي ضربوها لا يخرج من كونه نقصاً يتصل بالجانب المعنوي فمبها أكثر من الجانب المادي ، وقد ذكر الفقهاء أن النقص الطارئ على العين المفصولة يكون بأربعة مظاهر :

١ - تراجع السعر :

وهذا لا يوجب الضمان في جميع الأحوال ، لأنه قد تسم لسبب لا يد للغاصب فيه وهو اختيار الحنابلة لأن النقص لتغير الأسعار لا يضمن عندهم ، وهو رأي جمهور الفقهاء (٣)

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ١٨٢ وما بعدها .

(٢) مجلة الأحكام العدلية - المادة ٩١٢ .

(٣) المغنى - ج ٥ - ص ٢٦٠ ، وص ٢٩١ ، حيث يقول : " وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار ، نص عليه أحمد وجمهور العلماء " ويقول : وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه ، والمهذب للشيرازي - ج ١ ص ٣٩٦ ، والقوانين الفقهية لابن جزي - ص ٣٣١ - وكشاف القناع - ج ٤ - ص ٩٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ - ص ٤٥٢ .

٢ — فوات جز من العين المفصولة :

وفوات جز من العين المفصولة ، وهذا نوع من الضرر يغلب عليه الطابع المالي ويمكن تقديره بالنقود ، ولهذا كان موجبا للضمان عند فقهاء الحنفية في جميع الأحوال . وهو اختيار الحنابلة حيث يقولون: بضمان النقص في العين المفصولة (١) .

٣ — فوات وصف مرغوب فيه :

والوصف المرغوب فيه هو ما يكون دافعا للاقبال على الشيء ، فيزيد من قيمته وفواته يكون دافعا للأعراض عنه ، ومن ثم تقل قيمته في سوق البيع والشراء ومثلوا له بفوات السمع والبصر ، واليهن نفسي الحنطة ، وهذا يوجب الضمان في غير أموال الربا .

٤ — فوات معنى مرغوب فيه :

والمعنى الذي يرغب فيه يتمثل فيما يقوم بالشيء من معاناة تزيد من قيمته ، كالعبد المحترف ، لو غصبه فنسى حرفته ، أو كانت الأمة شابة مرغوبا فيها ، فلما غصبها ، صارت عجوزا شعثا ، أو كان العبد شابا فصار شيخا لا يقدر على العمل فانه يجب الضمان فيه (٢) ، أي يجب ضمان النقص الطاريء الذي من بالمعنى الموجود ففسي الشيء المغصوب ، والواقع أن هذه المعاني لا تقوم بالمال أصلا ، فنسيان الحرفة أو صيرورة المغصوب شيخا ، أو زوال جمال الأمة ونضارتها هذه معاني يغلب على الضرر فيها طابع الضرر المعنوي ، ووجب ضمانها بالمال في نظر الفقهاء يدل على ضمانه .

-
- (١) المغنى لابن قدامة - ج ٥ - ص ٢٥١ ، وص ٢٦٢ .
(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية . للأتاسي - ج ٣ - ص ٤٢٩ ، وما بعدها ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، ج ٥ - ص ١٨٣ ، وتكملة الفتوح - ج ٧ - ص ٣٨٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ، ص ٢٢٨ ، وبدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ١٥٥ .

ويقول ابن قدامة : وان غصب عبدا فضمن سمننا نقصت به قيمته ،
أو كان شابا فصار شيخا ، أو كانت الجارية ناهدا فسقط ثدياها وجب
ارش النقص ، لا نعلم فيه خلافا فان كان العبد امرء فثبتت لحيته
فنقصت قيمته ، وجب ضمان نقصه لأنه نقص في القيمة بتغير صفته ، فيضمنه ، (١)

ويقول : وان غصب عبدا إذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته
فلا يجب شيء فيه سوى رده ، لأن الشارع إنما أوجب في هـذا
ما نقص من القيمة ، ولم يقدر بده ، ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء (٢) .

ويقول ابن رشد : والطوارئ على المغصوب اما بزيادة واما
بنقصان . وهذان اما من قبل المخلوق ، واما من قبل الخالق ،
فاما النقصان الذي يكون بأمر من السماء ، فانه ليس له أن يأخذ
الا ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب ، وقيل : ان له أن يأخذ
ويضمن الغاصب قيمة العيب ، أما ان كان النقص بسبب الغاصب فالمغصوب
مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذ ، وما نقصت
الجنائية يوم الجنائية عند ابن القاسم ، وعند سحنون ما نقصته الجنائية ،
يوم الغصب (٣) .

٢٦٨ - خلاصة رأى الفقهاء في ضمان النقص المعنوى :

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء بخصوص ضمان النقص المعنوى
الطارىء على العين المغضوبة ، أنهم متفقون حول أمرين :

أولهما : اذا كان نقص العين بسبب هبوط سعرها فانه لا يضمن
اذا رد العين مكان غصبها ، لأن نقصان السعر ليس نقضا ماديسا
في المغصوب ، وانما سببه فتور رغبات الناس ، وهذه لا يد للعبد فيها .

(١) المغنى - ج ٥ - ص ٢٥٢ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٢٥١ .

(٣) بذاية المجتهد - ج ٢ - ص ٣١٨ .

ثانيهما : إذا كان النقص بسبب قوات وصف مرغوب فيه ، كضعف الحيوان وزوال سمعه أو بصره ، أو طروء الشلل ، أو نسيان المهنة ، أو زوال الجمال في الأمة ، أو تقدم السن في العبد ، وهذه الأوصاف يجب ضمان النقص الحاصل فيها ، بجانب العين .

ويشترط لضمان النقص الحاصل في العبد مع رد عينها أن يكون المال المغصوب غير ربوي فإن كان ربويا ، كحنطة تعفنت ، وانساب فضة كسر ، فليس للمالك إلا أخذ المغصوب بذاته ولا شيء غيره بسبب النقصان ، لأن المال الربوي لا يمكن فيه ضمان النقص مع استرداد العين ، لأن ذلك يؤدي إلى محذور شرعي وهو الربا فلا يجوز ، وغنى عن البيان أن المالكية يشترطون أن يكون نقص المغصوب بفعل الغاصب ، وليس بسبب آفة سماوية ، فإن كان بسبب ذلك فإنه لا يضمن عندهم ، ومن المؤكد أن ضمان قوات وصف مرغوب فيه ، أو معنى مرغوب فيه يعد صورة من صور ضمان النقص المعنوي ، وإن كان مرتبط بالمسألة أصلا ، فهو أقرب إلى الضرر الأدبي منه إلى الضرر المالي .

٢٦٩ — كما يعتبر أساسا بحق أدبي في الجملة ، كل ضرر ينال من حق غير مالي كحق الشخص على اسمه ، وحقه في حرمة مسكنه وحقه المعنوي على مؤلفه (١) ، فإذا اتفق مؤلف على نشر كتابه ، استلزم الناشر بالاحتياط أي تغيير فيه احترام المؤلف من حق أدبي على مصنفه ، فإذا أخل بالتزامه ألزم بتعويض المؤلف عما أصابه من ضرر أدبي حتى ولو لم يترتب على ما أحدثه الناشر من تغييرات أي ضرر مادي ، بل حتى ولو زاد الكتاب رواجاً بسببها (٢) ، ومن المعروف

(١) د . جمال الدين زكي - المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٦٣ .

أن حق المؤلف الأدبي على مؤلفه ، والذي يتمثل في نسبة مؤلفه إليه وحقه في تعديله وتنقيحه ، وحقه في سحبه من التداول ، كسل هذه الحقوق مقررة في الفقه الاسلامي وهنا عليها قرره الفقهاء في اسناد القول لقائله ، وتغيير الاجتهاد ، واعادة النظر فيما كتبه المؤلف اذ ما ظهرت له أدلة جديدة على نحو ما فعل الامام الشافعي فسي الجديد ، وهذه الحقوق الأدبية للمؤلف تستمد الزامها وقوتها من أدلة الشريعة بما يجعل وجودها أمرا مقررا شرعا (١) .

٢٢٠ - صور الاعتداء المجرد على الحقوق غير المالية الثابتة للشخص :

واذا كان مجرد الاعتداء على حق مالي يمثل ضررا أدبيا فان التعدي المجرد على الحقوق غير المالية للشخص يمثل ضررا أدبيا يستوجب التعويض ، والحقوق غير المالية الثابتة للشخص كثيرة ، يأتي في مقدمتها في الأهمية حقان ، هما حق الانسان في تمييز ذاته ، وحقه في احترام حياته الخاصة ، ومن ثم فان التعدي على أي من هذين الحقين يعد ضررا أدبيا يستوجب المساءلة ويستأهل التعويض ، وهذان الحقان في واقع الأمر يعتبران تأصيلا يجمع بين شأناهما صوراً متناثرة لحقوق غير مالية مختلفة ، يستبين كنهها من خلال دراسة هذين الحقين ، على نحو ما سنقوم به ، وسوف نخصص لكل واحد من هذين الحقين مبحثا نقوم بدراسته فيه ثم مقارنته باتجاه الفقه الاسلامي .

(١) راجع في هذا المعنى : كتابنا : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون - طبعة ١٩٩٠ ، فقرة ٧ وما بعدها .

(المبحث الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في
تمييز ذاته

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته
في الفقه الوضعي

٢٧١ — لكل شخص الحق في أن يتميز بشخصه من أشخاص الآخرين ، ولما كان هذا يتم له عن طريق الاسم ، كان لكل شخص الحق في أن يكون له اسم ، وكان حق الانسان في أن يكون له اسم ، من الحقوق التي تتصل بشخصه ، والتي لا تقدر بمال .

أن الاسم هو مظهر الحياة الأدبية والمادية للشخص في كل علاقاته العائلية والاجتماعية ، أنه علامة الانسان التي يتميز بها في حياته العامة والخاصة ، بل انه عنصر من عناصر الشخصية لا يجوز تشبيهه بالاشياء أو جعله محلا للتعامل ، انه علامة رمزية على المواهب الشخصية من ذكاء واستقامة ، وعلى مركز الشخص باعتباره مواطنا .

٢٧٢ — مضمون حق الانسان في تمييز ذاته :

ويمثل حق الانسان في تمييز ذاته باسمه الذي يميزه والذي يسمى بالاسم المدني ، ويتكون اسم الشخص المدني من عنصرين ، أولهما : الاسم الشخصي ، وثانيهما : اللقب ، أما الاسم الشخصي فانه هو الذي يتعين به الشخص تعيينا ذاتيا خاصا ، ويكون اختيار الاسم لمن له الولاية على الطفل ، فان لم يكن له ولي ، كان اختيار الاسم واجبا على القائمين على الجهة التي تلقت أول ولادته .

وقد حرصت بعض القوانين الأجنبية على أن يكون اسم الانسان بحيث لا يعرض صاحبه للسخرية ، أو يشكك في أصله ، كما حرصت أن يطلق على الشخص أسماء مضحكة أو مخلة بالحياة أو النظام العام أو الشعور الديني أو الوطني ، وأن يطلق على من لا يعرف أباهم اسم اسماء تدل على ذلك ، واعطيت للنياحة العامة في مثل تلك الأحوال وغيرها ، الحق في تغيير هذه الأسماء (١).

أما اللقب : فهو اسم العائلة ، ويلاحظ أن القانون المدني المصري الجديد قد فرض على كل شخص أن يتخذ الى جانب اسمه لقباً يميزه ، حيث أن الاسم وحده لا يكفي للتمييز ، وهذا تجديد أتى به المشرع المصري ، ولما كان نظام الألقاب نظاماً مستحدثاً اشير الى وجوب اصدار تشريع خاص ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها (٢) . كما نص القانون على أن لقب الشخص يلحق أولاده ، وعلى هذا فالطفل الشرعي ، يكتسب بمجرد ولادته لقب أبيه ، ويحصل هذا الاكتساب وفقاً لحق الدم *Jure Sanguinis* لا وفقاً لحق الأثر *Jure hereditatis* لأن الطفل يكتسب اللقب حال حياة والده لا بعد وفاته فحسب (٣) ، والقاعدة العامة في قانوننا ، أن

-
- (١) مثال ذلك : القانون الايطالي الصادر في ١٥ نوفمبر سنة ١٨٦٥ الذي ينظم الحالة المدنية ، والقانون المكمل له والصادر في ٨ مارس سنة ١٩٢٨ ، راجع : د . عبد الحى حجازى - نظرية الحق في القانون المدني - ص ٢٧ . مكتبة سيد عبد الله وهبة .
- (٢) المادة ٣٩ من القانون المدني المصري الجديد .
- (٣) تنص المادة ٣٨ من القانون المدني الجديد على أنه : يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .

الاسم واللقب لا يقبلان التغيير بمحض ارادة الشخص خلافا لما كان عليه الحال في القانون الروماني ، حيث كان للأفراد في هذا الصدد حرية واسعة ، ولقد نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ على الاجراءات التي يجب اتباعها على من يريد تغيير اسمه ، فعلى من يريد أن يغير اسمه أو يصحح ما ورد بشأنه في شهادة الميلاد أن يقدم طلبا بذلك الى المديرية أو المحافظة التي ولد بدأثرتها ، ولا يتم تغيير الأسم أو تصحيحه الا بقرار يصدر من وزير الصحة بعد موافقة لجنة خاصة وبعد النشر والاعلان عن طلب التغيير (١) .

٢٧٣ — الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني :

وحول الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدني اختلف الشراح في ذلك ، وانقسموا فيه الى مذهبين رئيسيين :

أولهما : ذو طابع عام ، حيث يغلب عليه طابع القانون العام ، حتى أن بعض الفقهاء قد سوغ تسميته بمذهب القانون العام لذلك (٢) .

ومؤدى هذا المذهب أن الاسم هو نظام من نظم القانون العام ، حيث يتمتع بحماية عامة ، انه نظام ادارى يمثل صورة الزامية لتمييز الاشخاص بعضهم عن بعض ، وبعبارة أخرى يعتبر الاسم وسيلة للتمييز ، فهو ليس حقا للفرد فقط ، وانما هو واجب أكثر منه حق (٣) .

(١) المواد : ٢٩ ، ٣١ ، ٣٢ ، من القانون المذكور .

(٢) د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٢٨ .

(٣) المرجع نفسه - ص ٢٩ .

ثانيهما : ذو طابع خاص ، وهو ما يمكن تسميته بمذهب القانون الخاص ومن مقتضى هذا المذهب أن الحق في الاسم هو حق للفرد ، وهو بالتالي أحد الحقوق التي ينظمها القانون الخاص وانصار هذا المذهب ، وإن كانوا قد اتفقوا على أن حق الانسـاسـان في اسمه حق خاص ، إلا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا الحق ، فذهب فريق منهم إلى أنه حق ملكية ، وأنه بالتالي ذو طابع مالي ، وذهب فريق آخر إلى أنه حق من حقوق الشخصية (١).

٢٧٤ - تلدير هذين المذهبين :

والواقع أن لكل من هذين المذهبين نصيبا من الصحة ، أما أن الحق في الاسم له طابع عام ، فذلك ما لا يمكن انكاره ، لأن المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يتميز افسرادها بعضهم عن بعض ، وأما أن الأسم يجب اعتباره كذلك حقا للفرد ، فذلك ما لا يمكن انكاره أيضا ، لأنه يستعمل لضمان مصلحة فردية على جانب كبير من الأهمية تتمثل في أن يتميز الفرد بشخصيته عن شخصية الآخرين في كـسـل علاقات الحياة الخاصة ، فالاسم يتصل بصفات الفرد الشخصية من ثقافة ونشاط ، واستقامة ، وتنظيم اجتماعي عائلي لا سيما وأنه في جوهره مشتق من العائلة في الكثير الغالب ، وأن العائلة إذا كانت نظاما ذا مصلحة اجتماعية سامية ، فهي في أصل ذاتها نظام من نظم القانون الخاص (٢) .

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

وإذا كان فريق من الباحثين القائلين بأن الحق في الاسم حق خاص ، قد ذهب إلى اعتبار هذا الحق حق ملكية ينصب على أموال غير مادية ، فذلك الاعتبار غير صحيح ، لما هو مقرر أن محل الحق يجب أن يكون شيئاً خارجاً عنه وله قيمة مالية ، وكما هو معلوم ، فإن الاسم ليس في ذاته قيمة مالية ، وإن الاعتداء عليه هو وحده الذي يترتب عليه نشوء حق ذو طابع مالي ، وقد قيل في هذا المعنى ، أن تشبيهه بالملكية ، أو إطلاق وصف الملكية عليه محمول على المجاز لا على الحقيقة (١)

خلاصة القول : أن لكل واحد من هذين المذهبين قدر كبير من الحقيقة ، لأن الاسم ليس مجرد وسيلة للتمييز أو قيداً في بطاقة أو رقماً يقيد عليه الشخص لتمييزه عن غيره ، وهو ليس نظاماً إدارياً فقط ، وإنما هو مظهر للحياة العامة والخاصة ، يتميز به الشخص ، ويعتبر عنصراً فيه لا يجوز أن يشبه بالأشياء ، ولا أن يصبح كهذه الأخيرة محلاً للتعامل ، وذلك هو رأى غالبية الشراح ، ويمكن القول أيضاً : أن ذلك هو اتجاه القانون المدني المصري الجديد (٢) .

٢٧٥ - الاسم المستعار يشبه الاسم المدني :

والاسم المستعار ، وهو الاسم الذي يتخذه الشخص لنفسه سترًا لاسمه الحقيقي ، ويشبه كذلك الاسم المدني ، من حيث كونه من حقوق الشخصية ، ذلك أن للشخص ، في كل نواحي نشاطه ، وعلى الأخص في نواحي نشاطه الأدبي أو الفني أو الصحفي أو الديني

(١) راجع في هذا المعنى : د . عبد الحى حجازى - المرجع

نفسه - ص ٢٩ .

(٢) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ١ - ص ٣٦٣ .

أو السياسي أو التجاري - أن يستر اسمه الحقيقي ويتخذ لنفسه اسماً خيالياً يسمى الاسم المستعار ، وهذا الحق يحفظ مصلحة إنسانية مرتبطة بالشخصية يجب أن يحميها القانون .

٢٧٦ - وظائف الاسم المستعار :

والاسم المستعار يؤدي في حياة صاحبه إحدى وظيفتين :
الأولى : تمكين الشخص في بعض نواحي نشاطه ، من ستر اسمه ، فإذا كان مؤلفاً جاز له أن ينشر عمله الفني بدون اسم ، أو باسم مستعار على أن يكون له الحق في أن يظهر شخصيته إذا شاء وعندما يشاء وان يطلب إلى القضاء إثبات صفته كمؤلف ضد كل من ينتحل عمله الفني وحق الشخص في الكشف عن شخصيته ، يعتمد سترها ، هو حق شخصي يترك للمؤلف وحده ، فهو وحده الذي يقدر ما إذا كان من المناسب أن يفصح أو لا يفصح عن شخصيته ، والدافع إلى ستر الاسم الحقيقي في اسم مستعار قد يكون سببه مركز المؤلف الاجتماعي ، أو طابع العمل الذي يحمل اسمه المستعار أو ربما يكون الدافع له أنه يريد أن يجرب كفاءته الأدبية أو العلمية قبل أن يفصح عن شخصيته ، رغبة منه في حماية مركزه الأدبي أو تأليده العائلية أو مستقبله العلمي (١)

الثانية : تحديد مجال شخصية صاحب الاسم المستعار في بعض نواحي نشاطها تحديداً معيناً يحل الاسم المستعار في هذه النواحي محل اسمه المدني ، بحيث تصبح وظيفة هذا الأخير وظيفة ثانوية مقصورة على علاقات الشخصية وحالته المدنية ، أما في علاقات الاجتماعية ، وفي نواحي نشاطه الفني ، فتكون شهرته في اسمه المستعار الذي يطلق عليه غالباً الاسم الفني أو اسم الشهرة .

(١) د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٣٤ .

٢٧٧ — الاسم التجاري :

والأسم التجاري هو الآخر أحد الجوانب التي يتحدد من خلالها حق الانسان على اسمه سواء كان هذا الاسم مدنيا أم مستعاراً أم اسماً تجارياً ، والاسم التجاري هو ما يختاره صاحبه لمزاولة نشاطه التجاري تحت ، بحيث يشتهر به ويكتسب سمعته في الجودة والامانة من خلاله ، وهذا الاسم قد يتكون من الاسم المدني أم من غـسـيره ، وقد اختلف الشراح في طبيعة الاسم التجاري اذا كان هذا الاسم قد تكون من اسم صاحبه المدني ، أي الذي يحمله هو كحق له في تمييز ذاته عن غـسـيره ، وعما اذا كان هذا الاسم يظل مكتسباً بعد تحوله الى اسم تجاري لخواص الاسم المدني من حيث كونه عنصراً من عناصر الشخصية ، يغلب عليه الطابع الأدبي وليس المالي ، وأنه لا يقبل التنازل عنه ، اختلف الشراح في ذلك ، والرأي الراجح لذي غالبيتهم أن الاسم المدني عندما يستعمل كاسم تجاري تتغير طبيعته ، فيصبح عنصراً من عناصر المحل التجاري ، ويعتبر شيئاً غير مادي ، ويكون له طابع مالي يمكن التنازل عنه (١).

٢٧٨ — صور التعدي على حق الانسان في اسمه :

لصاحب الاسم أن يستخدمه في كل مظاهر نشاطه اسوة بسأى حق آخر من حقوق الشخصية ، ومن ثم يكون له أن يطلب الى القضاء حماية اسمه ضد من ينازعه فيه بلا مبرر وضد من ينتحله بدون حق ، وقد نصت على ذلك المادة ٥١ من التقنين المدني الجديد فقالت : " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه بدون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ، ويهدو من هذا النص أن التعدي على حق الانسان في اسمه يكمن في منازعته على هذا الاسم من جانب الغير ، وذلك باستعماله في منازعة رسمية بعمل قضائي أو غير قضائي كانتحال الاسم مثلاً

(١) المرجع نفسه - ص ٣٥ .

وسواء كانت بقول أو فعل أو امتناع ، ولا يحتاج التعدى في تلك الحالات على حسن أو سوء نية الغير الذى ينازع في استعمال الاسم ، وإنما يكفي لحصول التعدى أن تكون ثمة منازعة في استعمال الاسم ، وكفى ، وذلك بغرض وقف أعمال المنازعة على الاسم في الحاضر والمستقبل (١) كما يتحقق التعدى على الاسم بانتحاله من الغير دون حق ، وذلك بأن يستعمل الغير نفس الاسم بدون حق ، وبالطبع فإنه يخرج من تلك الحالة استعمال الشخص لاسمه هو مستفيدا من تشابه اسمه مع اسم غيره بحيث يحدث غموضا في حقيقة شخصيته أو في انتمائه الى عائلة معينة ، ان هذا لا يعتبر انتحالا لاسم الغير ، وان كان هذا الطريق لا يمنع من وجوب الحماية لا لسبب انتحال الاسم ، ولكن للتشابه الذى يتمخض في النهاية عن ضرر بصاحب الاسم المتشابه مع غيره .

ومن صور التعدى أيضا أن يقع الانتحال بقصد اطلاق الاسم على شخص ليس له حتى ولو كان هذا الشخص غير المنتحل ، فإذا استعمل شخص اسم غيره لا لاطلاق على نفسه ، ولكن لاطلاقه على شخصية مضحكة أو على منتجات صناعية أو على حيوانات أو لاستعماله في رواية أو في جرائد هزلية ، بحيث يترتب على ذلك ضرر بسعة أو شرف صاحب الاسم ، وسبب الحماية هنا للاسم ليس الانتحال وإنما هو التعدى على الشرف والسمعة (٢) ، وتسرى هذه الأحكام على الاسم المدني كما تسرى على الاسم المستعار .

٢٧٩ - لا يشترط الضرر لحماية الحق في الاسم :

والحق في الاسم يجب أن يحمى لذاته ، وبصرف النظر عن حدوث أو عدم حدوث ضرر عن هذا الاستعمال ، ان اشتراط حصول الضرر من استعمال الاسم لا مكان رفع دعوى حمايته ينطوى على انكار

(١) المرجع نفسه - ص ٣١ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

للمحماية المقررة لحق الانسان على اسمه ، باعتباره حقا قائما بذاته وعنصرا لتمييز الشخص ، الأمر الذى يترتب عليه أن يكون على صاحب الاسم أن يظل مكتوف اليدين أمام انتحال الغير لاسمه ، وذلك لمجرد أنه لا يستطيع أن يثبت وجود الضرر ، وهذا يتعارض مع طبيعة حق الشخصية الذى يعتبر مجرد الاعتداء عليه اعتداء على حق الشخص في تمييز ذاته ، ذلك الحق الذى يجب أن يحمى بدون توقيف للمحماية على خطر احتمالى أو حقيقى ، وقد قيل بحق : " ان لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذى أقام بالمنزل وهو خال مسن أهله ، حتى ولو لم يترتب على اقامته ضرر ، بل حتى اذا تترتب على تلك الإقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته (١) " .

وقد سار القانون المدنى المصرى على وفق هذا الاتجاه المقبول ، فلم يشترط لحماية الحق في الاسم شرط الضرر ، سواء فسي ذلك حالة المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر ، وحالة انتحال الغير للاسم بغير حق ، فأجاز لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ولعن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (٢) .

يدل على ذلك أن القانون بعد أن أعطى لصاحب الاسم الحق في أن يطلب وقف الاعتداء اعطاه كذلك الحق في أن يطلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، ووجه الاستدلال انه اذا لم يكن هناك ضرر ، فليس له الحق في أن يطلب تعويضا ، ولكن لا شك أن له الحق في طلب وقف الاعتداء ، سواء أوقع لصاحب الاسم ضررا أم لم يقع ، اما اشتراط الضرر فهو لا مكان الحكم بالتعويض لا لوقف الاعتداء ، فهذا الاخير جائز طلبه في جميع الأحوال دون توقيف على شرط حصول الضرر .

(١) المرجع نفسه - ص ٣٢ .

(٢) المادة (٥١) من التقنين المدنى الجديد .

(المطلب الثاني)

الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته في الفقه الاسلامي

٢٨٠ — حق الانسان في تمييز ذاته يحصل باطلاق اسم عليه يتميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله ، وقد عرف علماء اللغة الاسم بأنه : من السمو ، وهو ما يتحقق به التقوية والرفعة والتقدير (١) ، ومن معانيه الارتفاع والعلو يقال منه : سموت ، وسميت ، مشسسل علوت وعليت ، وفلان لا يسامى ، وقد علا من ساماه ، ومنه سميست فلانا زيدا ، وسميته يزيد بمعنى واسميته مثله فتسمى به (٢) .

وفي اصطلاح الفقهاء : يعرف الاسم بأنه ما يقع به تعريف صاحبه ، يقول ابن القيم : ان التسمية لما كانت حقيقتها تعريف الشيء المسمى ، لأنه اذا وجد وهو مجهول الاسم لم يكن له ما يقع تعريفه به . ثم يقول : والتسمية تعريف بالنسب والمنسوب (٣) .

٢٨١ — الكنية واللقب كالاسم في التعريف :

ومثل الاسم في التعريف بصاحبه الكنية واللقب ، يقول ابن القيم : وهذه الثلاثة (يقصد الاسم والكنية واللقب) وان اشتركت في تعريف المدعوبها فانها تفرق في أمر آخر ، وهو أن الاسم اما ان يفهم مدحا أو ذما أو لا يفهم واحدا منهما ، فان افهم ذلك فهو اللقب ، ومن ثم يمكن تعريف اللقب بأنه ما يفهم مدحا أو ذما (٤) ويغلب استعماله في الذم ، ولهذا قال الله تعالى " ولا تناهزوا بالألقاب " ،

(١) مختار الصحاح ص ٣١٦ باب سما .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) ابن قيم الجوزية - تحفة المودود بأحكام المولود - ص ٢٦٥ -

٢٩ - المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٤) المرجع نفسه - ص ٨٠ ، وقد عرفه الشوكاني في فتح القدير

- ج ٥ - ص ٦٤ بأنه : " اللقب هو اسم غير الذي سمي به الانسان " .

ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم تلقيب الانسان بما يكرهه سواء أكان فيه أم لم يكن (١) ، وأما اذا عرف بذلك واشتهر به كالأعمش والاشتر والاصم والاعرج ، فقد اضطرر استعماله قديما وحديثا على السنسنة أهل العلم وسهل فيه الامام أحمد ، قال أبو داود في مسائله : سمعت أحمد بن حنبل سئل عن الرجل يكون له اللقب ، لا يعرف الا به ولا يكرهه ، قال : ليس يقال سليمان الأعمش ، وحيد الطويل ، كئنه لا يرى به بأسا (٢) .

والكنية ما يكنى به الرجل كأن يقال عنه مثلا : أبو عبد الله ، أو أبو القاسم وقد أذن النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة أن تكنى : بأم عبد الله ، وهو عبد الله بن الزبير ، وهو ابن اختها أسما بنت أبي بكر (٣) ، فالكنية وسيلة من وسائل التعريف بالمكنى .

٢٨٢ — الوصف الشرعي لتسمية الانسان :

وتسمية الانسان بمعنى ، اطلاق اسم عليه يتميز به عن غيره ، وتتحدد به معالم شخصيته من الأمور الواجبة ، يدل على وجوب التسمية قول الله تعالى : " وما جعل ادعياكم ابناكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله ، فان لم تعلموا آبائهم ، فأخوانكم في الدين ومواليكم " (٤) .

ووجه الدلالة في هذا القول الكريم : ان الله تعالى قد نفى عن الدعى وصف البتوة وأهدر حكمها بالنسبة له ، والدعى هو من

-
- (١) ابن القيم - المرجع والمكان السابقان .
 - (٢) المرجع والمكان السابقان .
 - (٣) المرجع نفسه - ص ٧٨ وما بعدها .
 - (٤) سورة الأحزاب - الآيتان : ٤ ، ٥ .

ينسب الى غير أبيه ، أو هو من ينسب ابناً لغير أبيه (١) ، ثم أمر المخاطبين أن يدعوا الابناء لأبائهم الذين نزلوا من اصلاهم ، أي انسابهم اليهم بما يدل على أن نسبة الولد الى أبيه للصلب من الأمور الواجبة ، ولما كانت النسبة الى الأب لا تتحقق الا من خلال التسمية التي تطلق عليه لتمييزه عن غيره ، ولتبرز رابطة النسب التي تلحقه بأبيه ، تكون تلك الأخيرة على حكم غايتها ، لما هو مقرر أن للوسائل حكم المقاصد .

وما يدل على وجوب التسمية من السنة النبوية ما رواه أبو اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر حين سابع المولود ، بتسميته وعقيقته ووضع الأذى عنه ، فهذا الحديث وغيره يدل على وجوب تسمية المولود يوم السابع ، وروى مثله من حديث عبد الله بن عمرو ، أنه صلى الله عليه وسلم أمر أن يسمى المولود يوم سابعه (٢) ، والأحاديث في هذا المعنى كثيرة ، ووجه الدلالة فيها على الوجوب قوله : أمر النبي صلى الله عليه وسلم ، فالأمر يدل على الوجوب ما لم يوجد صارف يصرف عنه ، ولا صارف له ، فيبقى على أصله .

وما يدل على الوجوب من المعقول أن ترك التسمية فيه اضرار بالمولود ، وتضييع للحقوق ، واهدار للنسب ، وقد سمي الله نسبة الانسان بما ليس فيه أصلاً منكراً من القول وزوراً ، كما سمي صدق التسمية بأنه اقسط عند الله أي هو الذي يتفق مع العدل ويحفظ الحقوق وكل ذلك يدل على حرمة ترك التسمية ووجوب اتيانها ، حفظاً لما يترتب على ثبوتها من حقوق ومنعاً لضياع المصالح المرتبطة بها .

(١) راجع في هذا المعنى : الشوكاني - فتح القدير - ج ٤ - ص

٢٦١ ، دار الفكر ببيروت والقرطبي - الجامع لاحكام القرآن

ج ١٤ - ص ١٢١ - دار احياء التراث العربي ببيروت .

(٢) ابن القيم - المرجع السابق - ص ٦٠ وما بعدها .

٢٨٣ — جبهة التكليف بالوجوب :

واذا كانت التسمية واجبة ، فان تقرير هذا الحكم يقتضي تساؤلا حاصله ، على من يقع عبء هذا الوجوب ؟ ، أو من السبذى يوجه اليه الخطاب بوجوب التسمية ؟ . وفي الاجابة عن هذا السؤال يقول ابن القيم : ان التسمية حق للأب ، وليس للأم ، والحق هنا بمعنى الواجب بدليل أن الأب اذا ترك تسمية ولده يأثم لتركه هذا الواجب ، ويقول : وهذا لا نزاع فيه بين الناس ، وأن الأبوين اذا تنازعا في تسمية الولد فهي للأب والأحاديث المتقدمة كلها تسدل على ذلك ، وهذا كما أنه يدعى لأبيه لا لأمه ، فيقال : ابن فلان قال تعالى : أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " ، وقد قال النبي صلى الله عليه عليه وسلم : ولد لي الليلة مولود فسميته باسم أبي إبراهيم ، وتسمية الرجل ابنه كتسمية غلامه (١).

ومن ثم يمكن القول أن واجب التسمية بالنسبة للمولود يقتضي على من له الولاية الخاصة عليه ، والتي تثبت للأولياء كالأب والجسد حسب ترتيب المستحقين للحضانة ، فان لم توجد ولاية خاصة تكون التسمية واجبا على من له ولاية عامة ، وهو السلطان الذى هو ولي من لا ولي له ، لقوله عليه الصلاة والسلام : السلطان ولي من لا ولي له (٢). ومن المعروف أن السلطان يمارس ولايته على من لا يعرف لهم نسب من

(١) ابن القيم - السابق - ص ٧٩ .

(٢) أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ : لا نكاح إلا بولي وإيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له ، وقد روى مثله عن ابن عباس فيما رواه ابن ماجه عنه ، راجع : نصب الرأية في تخریج أحاديث الهداية - ج ٣ - ص

الأولاد من خلال نوابه القائمين على شئون اللقطاء ، فيكون الواجب ملقى على عاتقهم ، على أساس اسناد الاختصاص في هذا الأمر اليهم ، أو من ينوبه الحاكم أو يفوضه في هذا الخصوص .

ولهذا نرى أن ما قرره فقهاء القانون بأن اختيار الاسم للمولود يقع على عاتق من له الولاية عليه ، أو الجهة التي تلقت أول ولادته لا يتعارض مع اتجاه الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

٢٨٤ — طبيعة الحق في التسمية في الفقه الاسلامي :

و**حق المولود في التسمية** يتعلق به اعتباران :

الاعتبار الأول : ان ذلك الحق يعد من قبيل الحقوق اللصيقة

بشخصية الانسان والتي تعد أحد معالم شخصيته التي يتميز بها عن غيره ، ولهذا يعتبر هذا الحق من تلك الزاوية حقا خاصا للانسان ، ومن مقتضى خصوصية هذا الحق أنه يجب أن يكون تسجيلا لعلاقته بأبيه ، وفي نفس الوقت ينهي ان يكون خاليا مما يمكن أن يسيء الى الشخص في حياته ، أو يسبب له أي نوع من الالام النفسية التي يمكن أن تحدث له من جراء اطلاق اسم يعير به عليه ، ونشير الى هاتين الميزتين بشيء من التفصيل :

٢٨٥ — مظاهر الخصوصية في حق الانسان على اسمه :

الأول : ان هذا الاسم يجب أن يتضمن تسجيلا لنسبة الولد لأبيه ، ذلك أن تلك النسبة هي المدخل السليم لحفظ حقوقه المادية والأدبية ، لهذا ولما كان اتصال نسب المولود بأبيه هو المدخل لحفظ حقوقه الخاصة ، وان تجاهل تلك النسبة أو إهمالها ينطوي على آثار خطيرة ، من أهمها ضياع تلك الحقوق ، فقد توسد الله من يتسبب في تلك النتائج المحرمة بالوعيد الشديد ، كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم الآباء عن انكار بنوة أولادهم ، والامهات

عن انتساب الأولاد الى غير أبيهم ، وذلك فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملائكة : ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شئسي* ، ولن يدخلها جنته ، وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه ونفضه على رأس الخلائق في الأولين والآخريين (١) .

ولم يقتصر النهي على جانب الآباء ، بل ان الرسول صلى الله عليه وسلم : نهى الابناء أن ينتسبوا الى غير آبائهم فقال : من ادعى الى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام (٢) ، وقد ذكر الطبري أن أبا بكر قرأ هذه الآية وقال : انا ممن لا يعرف أبوه ، فأنا اخوكم في الدين ومولاكم ، قال الراوي عنه : ولو علم - والله - أن أباه حمار لانتمى اليه (٣) ، ومن المؤكد أن هذا الوعيد سببه ما يترتب على هذا المسلك من تضييع للحقوق واهدار للنسب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (٤)

الثاني : أن الاسم الذي يتسمى به الانسان يجب أن يكون مجردا مما يمكن أن يسمى* الى من اطلق عليه ، حتى لا يكون في اطلاقه عليه ما يمس شرفه واعتباره ، وحتى لا ينطوى هذا الاسم على ما يسمى* الى سمعة صاحبه ، وفي هذا الصدد يجيء أمر النبي صلى الله عليه وسلم باحسان التسمية ، وذلك فيما روى عن أبي السدرداء ،

-
- (١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان ، راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٣٦١ .
 - (٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه وأحمد عن سعيد بن أبي وقاص وأبي بكره ، كلاهما قالا : سمعته اذ نأى ووعاه قلبي ، راجع : تفسير القرطبي - ج ١٤ - ص ١٢١ - طبعسة ، دار احياء التراث العربي ببيروت .
 - (٣) القرطبي - المرجع والمكان السابقان .
 - (٤) راجع : نيل الاوطار للشوكاني - ج ٦ - ص ٧٩ ، واروا الغليل للالباني - ج ٧ - ص ١٩٠ ، والحديث متفق عليه .

ومن هذا القبيل أسماء المجرمين والجبابرة كفرعون وقارون وهامان وغير تلك الأسماء مما يبعث ذكرها في النفس استرجاعا لمعنى مقيت أو ذكرى اليمّة ، أو تاريخا سيئا ، إذ أن هناك ارتباطا نفسيا بين معنى الاسم والمسمى ، ولذلك يقول ابن القيم : قل أن ترى اسما قبيحا لا وهو على مسمى قبيح كما قيل :

وقلما ابصرت عينك ذا لقب . . . الا ومعناه ان فكرت في لقبه

والله سبحانه وتعالى في قضائه وقدره يلهم النفوس ان تضع الأسماء على حسب مسمياتها لتناسب حكمته تعالى بين اللفظ ومعناه كما تناسب بين الأسباب ومسبباتها ، قال أبو الفتح ابن جني : لقد مر بي دهر وأنا اسمع الاسم لا أدري معناه ، فأخذ معناه من لفظه ، ثم اكشفه فإذا هو ذلك بعينه أو قريب منه ، فذكرت ذلك لشيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى ، فقال : وأنا يقع لى ذلك كثيرا ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : اسلم : سالمها الله ، وغفار غفر الله لها ، وعصية : عصت الله ورسوله ، ولما اسلم وحشى (قاتل حمزة) وقف بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ، فكره اسمه وفعله وقال : فhib وجهك عنى (١) .

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يشتد عليه الاسم القبيح ويكرهه جدا حتى ولو كان الاسم لمكان أو قبيلة أو شخص أو جبل ، حتى انه مر في مسير له بين جبلين فقال (٢) ما اسمهما ؟ فقيل له : فاضح ومخز ، فعدل عنهما ولم يمر بينهما ، ولذلك نقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يغير الاسم باسم آخر لمصلحة تقتضي ذلك ، فقد روى عن ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - غير اسم عاصية وقال : انت جميلة . وقال أبو داود : وغير رسول الله صلى الله عليه وسلم اسم العاص ، وعزيز وعقلة وشيطان والحكم وغراب وحباب ، فسميها هاشما ، وسمى جربا سلما ، وسمى المضطجع المنبعث ، وسمى أرضا

(١) ابن القيم - المرجع نفسه - ص ٨٦ .

(٢) ابن القيم - المرجع نفسه - ص ٧٠ .

يقال لها : عفره : خضره ، وشعب الضلالة سماء : شعب الهدى ،
وسمى بنى مغوية : بنى رشده ، وسمى العاص مطيعا ، وسمى
غرابا : مسلما ، وسمى الصرم : سعيدا ، والآثار في هذا المعنى
كثيرة (١)

ومن المؤكد أن حرص النبي صلى الله عليه وسلم على تغيير الاسم
الكره فيه ما يشعر بهدى حق الانسان على اسمه حتى لا يكون هذا
الاسم مبعثا على النيل من سمعته ، والتهكم عليه .

الاعتبار الثاني : ان حق الانسان على اسمه فيه معنى العمومية

أى جانب المصلحة العامة ، بمعنى أن مصلحة المجتمع لا تنتظم الا من
خلال تحديد كل فرد من افراده باسم يتميز به عن غيره ، حتى يتسنى
ضبط أصول المعاملات ، وتحديد مجال المسؤولية عن كل ما يصدر عن
الانسان من تصرف ، ولولا تحديد كل انسان باسمه لضاعت معالم
المسؤولية ولعمت الفوضى ، ولاستطاع من يفكر في ارتكاب جريمة أن يقدم
على ارتكابها وهو مطمئن الى أنه سيفلت من المسؤولية والعقاب ،
من خلال شيوعه بين الناس وهذه مصلحة تتعلق بمصالح الجماعة ، فكان
لهذا الحق معنى العمومية لذلك .

٢٨٧ — مظاهر العمومية في حق الانسان على اسمه :

ومن مظاهر العمومية في هذا الحق ، أن اسم الانسان
إذا تصادم مع المشاعر الدينية ، أو كان ينطوى على مساس بالعقيدة
فانه يحرم ، وفي هذا الصدد ، نقل ابن القيم اتفاق العلماء
على تحريم كل اسم معبد لغير الله عز وجل ، كعبد العزى وعبد هبل
وعبد عمرو وعبد الكعبة وما اشبه ذلك (٢) ، فلا تحل التسمية بعبد
على ولا عبد الحسين ولا عبد الكعبة ، وقد روى ابن أبي شيبه
حديث يزيد بن المقدام ابن شريح عن أبيه عن جده هانى بن شريح

(١) المرجع نفسه - ص ٧١ ، وما بعدها .

(٢) ابن القيم - المرجع نفسه - ص ٦٦ .

قال : وقد على النبي عليه الصلاة والسلام قوم فسمعهم يسمعون
عبد الحجر ، فقال له : ما اسمك ؟ ، فقال : عبد الحجر ، فقال
النبي صلى الله عليه وسلم : انما أنت عبد الله (١) ، وقد صح عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ان اخنع الاسماء عند الله رجل
تسمى شاهان شاه ، ملك الاملاك ، لا ملك الا الله تعالى " ، ومن
ثم تحرم التسمية بذلك (٢) ، كما يحرم على الانسان أن يتسمى باسم
من أسماء الله تعالى على الاطلاق بحيث يطلق عليه كما يطلق على
الرب تعالى (٣) .

ومن المؤكد أن تحريم التسمية بما يثير مشاعر الناس نحو
مقيدتهم الدينية يعد مظهرا من مظاهر عمومية حق الانسان على
اسمه ، بالاضافة الى جانب الخصوصية فيه كما سبق ، والآثار
وان كانت قد جاءت في تحريم الاسم الذي ينطوي على مساس بالعقيدة
الدينية ، الا انه يلحق بها في التحريم كل ما يتعلق بالمصلحة
العامة والآداب الاسلامية ، ومن خلال هذا النظر يستبين لنا
أن طبيعة حق الانسان على اسمه يتنازعها جانبان هما جانب
الخصوصية ، وجانب العمومية ، وان اتجاها القانون في هذه المسألة
قريب من اتجاها الفقه الاسلامي الى حد كبير .

٢٨٨ — التعدى الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته :

واذا كانت المصلحة العامة والخاصة تقتضي أن يكسبون
للانسان اسم يميز به وتتحدد معالم شخصيته من خلاله ، فمن
المتصور ان يقع اعتداء على مضمون هذا الحق ، فينال من المصالح
التي ينطوي عليها وهي في طبيعتها مصالح يغلب عليها الطابع
الأدبي الذي لا ينظر الى المال فيه ابتداء ، ويمكن أن يتخذ

(١) ابن القيم - المرجع والمكان السابقان .

(٢) سبل السلام للصنعاني - ج ٤ - ص ٢٠٤ .

(٣) ابن القيم - المرجع نفسه - ص ٧٤ .

الاعتداء^١ احدى صورتين ، الأولى : انتحال الاسم بغير حـقـق
والثانية : ان يقوم المعتدى باتيان أعمال تقتـرن بالاسـم وتـنال مـن
سمعة صاحبه وشرفه واعتباره ، وتلقى الضو على جوانب هاتسـين
الصورتين من التعدى على حق الانسان في تمييز ذاته .

٢٨٩ — أولا : انتحال الاسم بغير حق :

وانتحال الاسم معناه : ان يستحل المعتدى اسم غيره فيطلقه
على نفسه ، فهو من النحلة بمعنى : ادعاء التسمية^(١)، وادعاء
التسمية في حد ذاته جريمة ، حتى ولو لم يترتب على ادعاء التسمية
ضرر للمعتدى عليه في تمييز ذاته ، لأن هذا الادعاء سيكون محكوما
بغايته ، وغايته تتضمن شرورا كثيرة ، واضارا جسيمة ، وهـذه
الشرور وتلك الاضرار ، لن يستطيع المعتدى أن يصل اليها الا مـن
خلال انتحاله لاسم غيره ، ناهيك عما يتضمنه الانتحال لاسم الغير في
حد ذاته مـن كذب وغش وخداع ونصب واحتيال ، ان كل تلك
الجرائم المركبة لا تعد وان تكون ظروفها ملائمة لجريمة انتحال اسم الغير،
تبرز خطورتها ، وتكشف عن طبيعتها .

ان المنتحل لاسم غيره لا يقدم على هذا الفعل الا وهو يقصد
استعماله في الوصول الى ما ليس له حق فيه ، انه يريد أن يتخذ
من اسم غيره مطية لاستحلال الحقوق المادية والأدبية التي تقتـرن بهـذا
الاسم وترتبط به ، فمن يدعى نـسبا الى غير أبيه ، فينتحل اسم غيره
ممن يتمتعون بثقة الناس ، أو يحظون بمكانة اسرية أو اجتماعية مرموقة،
انما يرمى الى الاستفادة بما يعطيه ذلك النسب بغير حق ، ولهذا كان
بفعله مستحلا لما حرم الله عليه ، ولهذا ايضا كان الوعيد في سنة
النبي صلى الله عليه وسلم على التلاعب بتزوير الانساب ايجابا أو سلبا
على نحو ما رأينا .

٢٩٠ — ثانيا : تشويه سمعة الأسم الأدبية :

ومن صور التعدى على الاسم تشويه سمعته الأدبية وقد سمي القرآن ذلك العمل : بالتنازع بالألقاب ، في قوله تعالى : " ولا تنابزوا بالألقاب " (١) ، حيث جاء النهي عن هذا الفعل في إطار النهي عن سخرية الناس بعضهم من بعض رجالا ونساء والنهي عن اللمز ، والسخرية المنهى عنها معناها : الاستهزاء والتهكم والضحك على المسخور به ، وقد نهى قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم " (٢) المؤمنون عن أن يستهزئ بعضهم ببعض (٣) بما ينال من سمعة المسخور منه ومكانته الأدبية لدى قومه ، فان السخرية تنطوى على تحريك مشاعر الناس للضحك عليه والازدراء منه ، والسخرية تمس الانسان في شخصه ، أو تذكر اسبابها مقرونة باسمه ، فكان في السخرية تعدى على حقيق الانسان في تمييز ذاته . . . واللمز معناه : العيب (٤) ، والعيب الذى يتم بالعين واليد واللسان والاشارة ، وفي الكناية معنى العيب الذى يتم باللسان وأكثر ، لأن العيب باللسان قد ينتهى أثره بمجرد التلفظ به ، أما الكتابة فهي أطول بقاء ، وأكثر مكا ، ولهذا يكسب أثرها في نسبة العيب ، الى المعتدى عليه في اللمز أقوى وأكبر ، ومن معاني اللمز الطعن في الذمة واللعن (٥) ، وهما اس التعدى على الانسان في اسمه وسمعته .

٢٩١ — وأما التنازع بالألقاب ، فمعناه أن يلقب الناس بعضهم بعضا بلقب سوء ، مثل كلب أو حمار أو خنزير ، أو يهودى ، ولا يشترط لقيام المسئولية على المعتدى في التنازع بالألقاب ، أن يكون صادقا

-
- (١) سورة الحجرات آية ١١ .
 - (٢) نفس الآية الكريمة .
 - (٣) الشوكاني - فتح القدير - ج ٥ - ص ٦٤ .
 - (٤) مختار الصحاح - ص ٦٠٤ .
 - (٥) الشوكاني - المرجع والمكان السابقان .

فيما قاله ، فلو قال لمسلم : يا يهودى ، او يا زانى ، او يا
لهى ، وكان المسلم قد سبق منه الجرم المعير به ، فان ذلك لا يعفى
الطامن من اثم المسئولية عن اعتدائه على لقب أخيه وتناوزه به ، بسـل
ان التناـهـز باللقب يتحقق معناه بمجرد ذكر الانسان بلقب يكرهه ، يقول
الشوكاني : اخرج أحمد وعبد بن حميد والبخارى في الأدب ، وابن
جرير وابن المنذر وابن حبان والشيرازى في اللقب ، وابن مردويه
والبيهقي في الشعب عن أبي جبير من الضحاك قال : فينا نزلت
في بنى سلمة : ولا تناهزوا بالألقاب ، فقد قدم رسول الله صلى الله
عليه وسلم المدينة وليس فينا رجل الا وله اسمان أو ثلاثة ، فكان
اذا دعا واحدا منهم باسم من تلك الاسماء ، قالوا : يا رسول
الله ان يكرهه ، فنزلت الآية الكريمة ، واخرج ابن مردويه عن ابن
عباس نحوه ، واخرج ابن جرير عن ابن عباس ، قال : التناـهـز بالألقاب
أن يكون الرجل قد عمل السيئات ثم تاب منها وراجع الحق ، فنهى
الله ان يعير بها سلف من عمله (١) ، ومن ثم فان التعدى على اسم
الانسان لا يقتصر على مجرد نسبة أمور كاذبة تنال من سمعته ، بسـل
ان التعدى على حق الانسان على اسمه يأتي من خلال نسبة ما يشين
اليه ، حتى ولو كان قد سبق صدوره منه فعلا ، ما لم يرض صاحب
الاسم بذلك ، أو يشتهر اطلاق اللقب السيء عليه حتى أصبح لا يعرف
الا به ، في تلك الحالة يكون التعدى مباحا على خلاف الاصل .

(١) الشوكاني - المرجع السابق - ص ٦٦ ، وقد روى البخارى
وأبو داود وأحمد عن أبي هريرة قال : أتى النبي - صلى الله
عليه وسلم - برجل قد شرب فقال : اضربه . فقمنا الضارب بيده
والضارب بنعله والضارب يثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم :
اخزأك الله ، قال : لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان .
حيث دل هذا الحديث على عدم جواز تعيير من اقترف ذنباً
به وقد امر النبي - صلى الله عليه وسلم - السارق بالتوبسـة
فلما تاب قال : تاب الله عليك ، واذا كان الله قد تـسـاب
عليه فلا محل لتذكيره بالسيئات الماضية من عمره ، حتى
لا ينال ذلك منه ، ويكون فيه تشجيعاً له للعودة لارتكـاب
الجريمة ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني - ج ٢ - ص ١٦٠

(المبحث الثاني) .

الضرر الأدبي الواقع على الحق في
الخصوصية

(المطلب الأول)

الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية في
فقه القانونيين

٢٩٢ — والحق في الخصوصية يعنى حق الانسان في احترام حياته الخاصة ، فالخصوصية من الخصوص الذى هو ضد العموم ، يقال : خصه بالشئ يخصه خصا وخصوصا وخصوصية ، كما يقال : اختص فلان بالامر ، وتخصص له اذا تفرد ، وخاصة الشئ ما يختص به دون غيره ، أى ينفرد به . (١)

• • ولم يرد للخصوصية تعريف في الدستور أو التشريع ، بسل ان القانون المصرى يحمى حرمة الحياة الخاصة ، ولا يستعمل كلمة الخصوصية ، والشخص في حياته الخاصة يكون في حالة الخصوصية والخصوصية ليست مرادفة للسرا الذى هو محل الكتمان والخفية (٢) ، وان كان معناه قريبا من معناها ، فالسر يفترض تمام الكتمان ، أما الخصوصية فقد توجد بالرغم من عدم وجود الكتمان التام ، وعرفنا فان السر يفترض قدرا من الكتمان أكثر مما تفرضه الخصوصية (٣) .

(١) راجع : مختار الصحاح - ص ١٧٧ ، المجمع الوسيط - ج ١ -

خصص - طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) المجمع الوسيط - السابق - ص ٤٢٨ ، كلمة سرر ، ومختار الصحاح - ص ٢٩٤ .

(٣) د . حسام الدين كامل الاهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة - ص ٤٦ - دار النهضة العربية ١٩٧٨ م .

... وإذا كان من المتفق عليه ان نطاق الحياة الخاصة يتمتع بالحماية القانونية ، حيث يجب أن يظل بعيدا عن تدخل الغير وعن العلانية ، الا أن تعريف الحق في الخصوصية أو فسي حرمة الحياة الخاصة مازال من أدق الأمور التي مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن .

٢٩٣ — مرونة فكرة الحياة الخاصة :

والصعوبة التي تواجه تعريف الحق في الخصوصية مرجعها في الحقيقة يتمثل في أن فكرة الحياة الخاصة نفسها فكرة مرنة تختلف وتتطور من مجتمع الى آخر وتختلف بحسب الاخلاقيات السائدة فسي الجماعة ، بل وبحسب الظروف الخاصة بكل شخص من حيث كونه معسن يحبون كتم خصوصياتهم ، أو من هؤلاء الذين يجعلونها كتابها مفتوحا وبحسب ما اذا كان الشخص عاديا أم مشهورا ، كما نرجس الى مدى تقدير كل مجتمع للقيم التي تتعارض بمناسبة حماية الحياة الخاصة ، فهذه الحماية تجد في مواجعتها الحق في الاعلام الذي يرتبط الى حد كبير تجربة الصحافة ، وحماية الخصوصية تعتبر قييدا على حرية الصحافة ، فتضيق وتتسع نظرة كل مجتمع لنطاق الحياة الخاصة بحسب نظره الى مدى الحرية التي يجب أن تتمتع بها الصحافة (١).

ويذهب الفقه المقارن الى أنه يصعب اعطاء الخصوصية تعريفا يصلح للتطبيق في المجال القانوني ، حيث تعتبر الخصوصية ذات نطاق قانوني واسع ، يصعب وضع حدود ومعالم مسبقة له ، وقد أوضح تقرير لجنة الخبراء المنبثقة عن المجلس الأوروبي في مجال حقوق الانسان انه بالرجوع الى الكتابات والدراسات المختلفة عن الحق في الخصوصية ، تبين أنه لا يوجد تعريف عام متفق عليه لهذا الحق سواء على مستوى التشريع أو القضاء أو العمل أو الفقه سواء على المجال الدولي أو المجال المحلي (٢) (٣).

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٧

(٢) اشار اليه د . حسام الاهواني - المرجع نفسه - ص ٤٨ .

والقضاء من جانبه يمتنع غالباً عن اعطاء تعريف لفكرة حد ودها غامضة ومن ثم فانه يكتفي بأن يبحث كل حالة على حدة حتى يوفى السر الحماية الكاملة دون أن يتقيد بقواعد مسبقة ، حيث يصعب القول مسبقاً اين تنتهى الحياة الخاصة ، واين تبدأ الحياة العامة ، لكن هذا لا يمنع من محاولة تلمس بعض الأسس التى يمكن الاسترشاد بها فسي تحديد مفهوم حق الخصوصية .

٢٩٤ — المحاولات الفقهية لتعريف حق الخصوصية :

والتعريفات المختلفة التى وردت في القضاء والفقه المقارن ، تقوم اما على وضع تعريف شامل للفكرة نفسها دون تعداد للعناصر التى تكون الحق في الخصوصية ، واما عن طريق مضمونها بتعداد الأمور والوقائع التى تدخل في نطاق الحياة الخاصة ، وذلك حتى يكون المجال مفتوحاً لادخال تعديلات في التحديد حسب الظروف سواء بالاضافة أو بالحذف أو عن طريق الجمع بين الفكرتين ، ومن هذه المحاولات :

٢٩٥ — تعريف معهد القانون الأمريكى :

وينظر الفقه الى التعريف الذى وضعه معهد القانون الأمريكى للحق في الخصوصية ، نظراً لتعكس أهميته ، ومدى ما يتمتع به من قيمة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهذا التعريف يبرز ماهية الحق وبصورة جدية حقه في الا تتصل أمور وأحواله الى علم الغير ولا تكسونه صورته عرضه لانظار الجمهور (١) ، وبلا حظ ان هذا التعريف يبرز

(١) يوجد هذا التعريف في الفقرة ٨٦٧ من مجموعة

Restatment on law of Torts (1939)

وقد اشار اليه بريتان في مجلة تيولان القانونية سنة ١٩٦٣ . راجع

Brittan : The Right of privacy in England and the United States , Tulane law Rev. 1963 , P. 235 .

مجموعة من الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة ، وعلى وجه الخصوص ، الحق في الصورة ، الذي اثار خلافا في الفقه حول مدى امكان اعتبار الحق في الصورة أحد الأمور التي تكون معالم الحق في الخصوصية .

وقد انتقد هذا التعريف بأنه يقوم على أساس التفرقة بين ما يجب اعلانه للناس وبين ما يجب أن يظل خفيا عنهم ، والتفرقة بين هذين الأمرين ما زالت من الأمور الدقيقة التي يصعب وجود معيار حاسم وواضح لها (١) .

٢٩٦ - التعريف الذي ذهب اليه جانب من الفقه الأمريكي :

وقد ذهب جانب من الفقه الأمريكي الى تعريف الحق في الخصوصية بأنه حق الشخص في أن يلزم الغير بأن يتركوه وشأنهم ، فلا يعكروا عليه أحد صفو خلوته (٢) ، ويعرف هذا التعريف ، بتعريف الحق في الخلوة To Be Let Alone حتى ذهب البعض في تحليله الى وصفه بأنه حق الشخص في الا يكون اجتماعيا ، فالشخص له الحق في الوحدة وفي أن يظل مجهولا غير معروف للناس بعيدا عن فضولهم ونظراتهم ، فهو تعبير عن رغبة الشخص في أن يعيش بعيدا عن قيود الحياة الاجتماعية (٣)

(١) راجع : ما ذكره دكتور حسام الدين الأهواني حول تعريف معهد الادارة الامريكي والتعليق عليه ، المرجع السابق -

ص ٤٩ .

(٢) Nizer (L) : The Right of Privacy : A Half

Century's Developments, Minchigan law, Rev.

(٣) المرجع نفسه - ص ٥٢٨ . 1941, Vol. 39. P. 526 .

وقد أخذ مؤتمر البلاد الاسكندنافية المنعقدة في ١٥ مايو سنة ١٩٦٧ بهذا التعريف حيث عرفه بأنه: حق الانسان في أن نتركه يعيش وحده - الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد ممكن التدخل من جانب الغير (١) ، كما بدأ جانب من الفقه الفرنسي يميل اليه مقررًا ان لكل انسان جزءًا من الحياة يجب أن يكون لشخصه شخصيا ومقصورا عليه وحده بحيث لا يجوز لاحد أن يدخل اليه بدون اذن ، والخلوة المقصودة قد تكون بأن يبتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده لفترة من الوقت أو يختلئ بمن يالفهم .

والحقيقة أن التركيز على فكرة الخلوة بما تعطيه من هدوء يقدم ميزة هامة في تحديد المقصود بالخصوصية ، ذلك ان حماية الحياة الخاصة لا تعنى فقط عدم الكشف من اسرار هذه الحياة ودقائقها ، وانما تعنى أيضا ضرورة عدم التدخل في الحياة الخاصة بالامتناع من كل ما من شأنه المساس بهدوء وسكينة الحياة الخاصة للشخص ، فيجب احترام سرية الحياة الخاصة بعدم الكشف عنها ، ومن جهة أخرى يجب احترام هدوء الحياة الخاصة دون تعكير صفوها فلا يجوز الخوض فيها أو اثارتها .

٢٩٧ - تعريف الخصوصية باخراجها من الحياة العامة :

وقد ساد في في الفقه الفرنسي اتجاه يرمي الى ايجاد تعريف للحق في الخصوصية من خلال عقد موازنة بينها وبين ما يمكن أن يدخل في نطاق الحياة العامة للشخص ، واخراج كل ما لا يمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة ليكون مكونا للحق في الخصوصية ولذلك

(١) اشار اليه د . حسام الدين الاهواني : المرجع السابق - ص ٥٥ ، هامش (١٤) .

يعرف هذا التعريف بالتعريف السلبي للحياة الخاصة (١) .

وبناءً على ذلك فقد عرفها الفقيه الفرنسي : بادنترفي بحسب له حول الحق في احترام الحياة الخاصة بأنها : كل ما لا يمكن اعتباره من قبيل الحياة العامة للشخص (٢) .

ويقوم هذا التعريف على أساس أن نطاق ما يدخل في الحياة العامة أكثر تحديداً واضيق نطاقاً بحيث يكون من السهل تعريفها بالاعتماد على ما يقولون : وبضدها تتميز الأشياء كما أن الموازنة بين الحياة العامة والخاصة من شأنه أن يعطى انطباعاً لدى الكافة بأن الأصل هو حظر ما ينبغي أن يعرف عن الحياة الخاصة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون هذا الجزء من حياة الإنسان محلاً لحب استطلاع الناس وفضولهم . . . ولكن الذي يثيره هذا التعريف ، استجلاً معيار التفرقة بين الحياة الخاصة والعامة ، وقد قال البعض من أنصار هذا التعريف : أن الحد الفاصل بين الحياة الخاصة والحياة العامة يمكن في شعور الإنسان بالحياة تجاه الحياة ، وحيث يبدأ هذا الشعور في الظهور يبدأ نطاق الحياة الخاصة وتنتهي الحياة العامة (٣) ، ولما كان هذا المعيار فضفاضاً ويحتاج إلى إيضاح ، فقد لجأ أنصار هذا الاتجاه أيضاً إلى إيضاح العناصر التي تدخل في الحياة العامة ، وهي الحياة الاجتماعية للشخص ، والتي بمناسبة دخول الإنسان عادة في علاقات مع غيره من الناس ، مثل الحياة الحرفية ، والاجتماعية ، الحياة التي يحياها الإنسان خارج باب منزله وتكون الحياة الخاصة هي التي يحياها الإنسان خلف الأبواب (٤) .

-
- (١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٥٣ .
 - (٢) Badinter : Le Droit au Respect de la vie Privée JCP. 1968 . Doct 2136 . No. 12.
 - (٣) مارتن لوسيان ، سر الحياة الخاصة . مقالة بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٩ ص ٢٣٠ ، وما بعدها ، مشار إليها في د . حسام الدين الاهواني - المرجع نفسه - ص ٥٤ ود . حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق - ص ٦٦ ، دار الفكر العربي ١٩٨٩ م .
 - (٤) مارتن لوسيان - المرجع نفسه - ص ٢٣٠ د . حمدي عبد الرحمن السابق - ص ٥٦٨ .

وفي نظرنا ان هذا المعيار مع ما قدم انصاره امن ايضا
لحقيقته يظل غامضا ، فالحياة الاجتماعية التي اعتبرت من نطاق الحياة
العامة ، لا يمكن التسليم بوصفها كذلك لأن معظمها يدخل في نطاق
الحياة الخاصة ، كما ان الحياة الحرفية أو الوظيفية لا تعتبر من
عناصر الحياة العامة بصفة مطلقة ، بل انها عند بعض الفقهاء وبحسب
الاصل تعتبر من عناصر الحياة الخاصة للشخص العادى (١) ، ولذلك
لم يجد الفقه بدا من امرين :

٢٩٨ — أولهما : اتخاذ التفرقة بين الحياة العامة

والخاصة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق ، وحتى يمكن تلافى
الغموض الذى ما فتى ملازما لمعيار التفرقة بين العمومية والخصوصية
فان تقدير امر التفرقة بين الحالتين يجب أن يترك للقضاة ، ذلك
ان تحديد نطاق كل من الحياة العامة والحياة الخاصة لا يتم ونقسا
لمعيار واحد بالنسبة لكافة الأفراد ، اذ هو مختلف بالنسبة
لل فرد العادى ، عنه بالنسبة للفرد الذى يشغل منصبا عاما سياسيا
أو يقوم بعمل أدبي أو فنى يجعله على قدر من الشهرة (٢) .

وتقوم هذه التفرقة كوسيلة لتحديد معالم هذا الحق مع
وسيلة أخرى وهى مدى حرية النشر ، فان الاعتداء على مقومات
الحياة الخصوصية عادة ما يحصل عن طريق النشر بوسائل الإعلام
المختلفة وهنا تتحدد معالم حماية الحق من خلال التوازن بين حريتين
متعارضتين حرية الفكر والنشر تعطى للصحفي أو للاديب الحق فى
استخدام المعلومات التى يحصل عليها من واقع الحياة كأداة للوصول
الى انتاج عمل أدبي أو فكرى ناجح ، ثم يأتى الحق فى الخصوصية

(١) فى هذا المعنى : د . حسام الدين الاهواني - المرجع

نفسه - ص ٥٥ .

(٢) د . حمدى عبدالرحمن - فكرة الحق - ص ٦٨ .

ليكون بمثابة القلعة التي يحتوى بها الفرد ضد تعكير صفو حياته الخاصة ، فذكريات الحياة الخاصة لكل فرد هي جزء من كيانه المعنوى ، فلا يجوز لأحد أن ينشر عنها شيئا بغير إذنه الصريح والواضح (١) .

ومن هنا كان وجوب فض التعارض بين الحريتين المذكورتين وفقا لميزان عادل ودقيق للتوفيق بينهما ، فالحظر المطلق للتعرض للحياة الخاصة يقضى على حرية النشر ، ويفتح الباب أمام فيض من الدعاوى القضائية لا ينقطع وفي نفس الوقت فان خصوصيات الفرد تعبر في حدود معينة عن جوهر إنسانيته ، وحيث تنتهك الخصوصية على نحو خطير ينتهك الانسان ذاته (٢) .

٢٩٩ - ثانيهما : تعداد الأمور التي تدخل في نطاق الحياة

الخاصة .

ومن المؤكد ان تعداد الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة مما يفيد كثيرا في الوصول الى تحديد لمفهوم الحق فسيى الخصوصية ، حيث افصحت احكام القضاء في كل من أمريكا وفرنسا على عدد من الحالات التي يعطى استقرارها تصورا لطبيعة هذا الحق ومضمونه الى حد كبير .

(١) المرجع نفسه - ص ٦٢ ، وراجع حكم محكمة ، بروكسل في ١٤

يوليو سنة ١٩٣٤ 12 - 4 - 1935 : Seiry

(٢) راجع : د . حمدى عبدالرحمن - المكان السابق ، وحكم

محكمة باريس في ٦ مارس سنة ١٩٥٥ م المشار اليه فيه - هامش

(٣) .

٣٠٠ - أ - المساس بالخصوصية في القانون الأمريكي :

يقرر الفقيه (بروسر) أن الحق في الخصوصية يستهدف حماية الشخص في أن يخلوا (١) لنفسه ووفقا لما يقرره بروسر فإن المساس بالخصوصية يتحقق بأمر أربعة :

- ١ - حالة التجسس على الحياة الخاصة بالتصوير داخل نطاقها أو التسجيل أو الدخول الى الأماكن الخاصة والتصنت على الأبواب أو التسمع عن طريق الأجهزة . ويشترط أن يكون الشخص في مكان يعطيه الحق لخلو نفسه .
- ٢ - نشر وقائع تعتبر من قبيل الوقائع الخاصة ، ومن ذلك نشر صورة طفل مشوه ، أو الكشف للناس ان العدين لم يوف بدينه .
- ٣ - نشر وقائع تشوه الحقيقة في نظر الناس ، مثل استعمال اسم الشخص دون اذنه في مريضة مقدمة للسلطات العامة ، واستعمال صورة شخص على غلاف كتاب أو في صدد مقال ، دون أن تكون هناك صلة بين الصورة والكتابة ، وخاصة اذا كان استعمالها لتمثيل شخص جائع أو مجرم خطير أو طفل مهمل .
- ٤ - حق الشخص في الا يستعمل الغير بعض مناصر شخصيته بغرض الحصول على الربح وهذه العناصر تشمل الاسم والصورة والصوت والمسلك ، فلا يجوز استعمال أي من هذه العناصر للدعاية التجارية ، حتى ولو كانت الوقائع صحيحة ، ويجب

(١) Prosser (W) : PRIVACY, colifornia law
Review . Vol. 48. August 1960. P. 380 -
423, Handbook of the law of Torts P.807-
4ed. 1971.

أن يكون الاستعمال بقصد الحصول على ربح ، وإن لا يكون
الاستعمال مرضيا (١) .

٣٠١ - ب - مكونات الحق في الخصوصية في القانون الفرنسي :

وقد أوضح جانب من الفقه الفرنسي أن الأمور التي تدخل
في نطاق الحياة الخاصة هي الأمور التي تتعلق بالحياة العائلية كالهنوة
والزواج والطلاق ، والحياة العاطفية والصورة (٢) والذمة المالية ،
وما يدفعه الشخص من ضرائب وكيفية قضاء أوقات الفراغ ، وهذا التعداد
لا يعدو أن يكون ترديدا لما قام القضاء بتطبيقه على الحالات محل
الدراسة ، ولكن بعض الفقه يضيف إلى ذلك الحق في الاسم ، وفي
الصورة ، وفي الشرف والاعتبار وفي النسيان وفي سيرة حياته وفي الألفة ،
وجوانب الحياة الحرفية غير العلنية وحياته الداخلية والروحية ، أي
الحياة التي يعيشها الشخص حين يخلق عليه باب منزله (٣) ويدخل
في نطاقه أيضا : الحق في الدخول في طي النسيان ، والمتمثل

(١) المرجع والمكان السابقان ، وقارن :

Beane : The Right to Privacy and American law,
law and contemporary problems 1960, Vol. 31,
P. 254.

وراجع : د . حمدي عبدالرحمن - السابق - ص ٧١ .

(٢) حق الانسان على صورته في عدم نشرها الا باذنه اذا كانت
قد أخذت في مكان خاص وكذلك تصوير الأشياء التي يملكها
بدون وجه حق وفي ظروف من شأنها أن تسبب له ضررا ، والرأي
الراجح انها من ضمن حق الانسان في الخصوصية . راجع : د .
حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٧٦ - وما بعدها ، د .
حمدي عبدالرحمن - السابق - ص ٧١ وما بعدها .

(٣) راجع في تفصيل تلك التطبيقات ومصادرها من القضاء الفرنسي
د . حسام الدين الاهواني - الحق في الخصوصية - ص ٥٩ ،
وما بعدها ، والأحكام القضائية المشار إليها فيه .

في حق الانسان في أى تدخل وقائع حياته السابقة والمشينة فسي
طي النسيان فلا تذكر عليه ، وان كان الحق في النسيان يحمي
الحياة العامة والخاصة على حد سواء متى دخلت في طي النسيان
وابا كانت شهرة الشخص فيجب ألا يكون اسوأ حالا من المجرم الذى
كفر عن جريمته فمحيت من صحيفة سوابقه ، وهذا ما استقر عليه
القضاء الفرنسي (١) ، حيث اعتبر ان الكشف عن الوقائع التى ادخلها
الزمن في طي النسيان يعتبر من قبيل الكشف عن الخصوصيات (٢) .

٣.٢ - تعريف الحق في الخصوصية :

ويمكن من خلال استقراء تلك الحالات ، وبيان الأسس
التي يتحدد من خلالها مضمون الحق في الخصوصية ، ان يعرف
بأنه : حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة ، ومنها
بالذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات
الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها (٣) .

٣.٣ - أهمية الحق في الخصوصية :

من المؤكد ان ايقاع الحياة اليوم وطابع العصر ، قد
اضفى على الحق في الخصوصية أهمية خاصة من جراء المخاطر التي
يمكن أن تعتره ، والمتثلة في التقدم العلمي الهائل في أجهزة
التصوير والتسمع والتسجيل ، لقد تقدم العلم تقدما جعل تلك
الاجهزة تؤدى عملها في هتك ستار الحياة الخاصة ، دون مانع
من حائط أو ستار بل ان بعض اجهزة التصوير يمكن أن تؤدى عملها

(١) محكمة باريس في ١٥/٥/١٩٧٠ ، دالوز ١٩٧٠ - ٤٤٦
(قضية جان فيرا) .

(٢) محكمة باريس الابتدائية في ١٧ ابريل سنة ١٩٧٥ الدائرة
الثالثة - جازيت دي باليه ١٩٧٥ - ٦٢٨ .

(٣) د . حمدى عبدالرحمن - السابق - ص ٦٦ .

في جنح الظلام . ومن مسافات بعيدة ، كما ظهرت اجهزة التجسس والتصنت على التليفونات ومعزقة ما يدور خلف الابواب المغلقة ، بمسا يجعل حياة الانسان الخاصة في محط الرقابة ، وقد أدى اكتشاف الالكترين سنة ١٩٤٨ م الى كثرة انتاج اجهزة التصنت والتجسس ورخص تكاليف انتاجها مما يجعل الحصول عليها امرا ممكنا لدى الكثرة مسن الناس ، وكذلك ايضا فان وسائل الاعلام قد تطورت هي الأخرى تطورا جعلها في حاجة ماسة الى أنباء تبثها ، حتى ان بعض الصحف فسي سهيل الحصول على ربح مادي كبير تسعى لسعة انتشارها من خلال اخبار الاثارة وظهر ما يسمى بصناعة الفضائح باعتبارها من اروج الصناعات الحالية والتي تأتي أول ما تأتي على حق الخصوصية .

اضف الى ذلك ظهور العقول الالكترونية التي تتفنن فسي الكشف عن الاسرار الحقيقية للحياة الخاصة ، والظروف السكانية التي أدت الى ظهور المباني المرتفعة والمتلاصقة ، حيث سهل كل ذلك اختلاس النظر والتجسس على الغير ، هذا بالاضافة الى الصراعات السياسية والمنافسة الاقتصادية . كل ذلك جعل الحق في الخصوصية على درجة فائقة الأهمية (١) .

٣٠٤ - موقف التشريع المصري من الحق في الخصوصية :

يلقى موضوع الحق في الخصوصية أهمية خاصة في التشريع المصري ، حيث انه قد ارتفع به الى مصاف الحقوق الدستورية ونصت المادة (٤٥) من الدستور على أنه : " لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، والمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها الا بأمر

(١) د . حسام الدين الاهواني - المرجع نفسه - ص ٥ ومـا بعدها .

قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقا لاحكام القانون " .

كما نصت المادة ٥٧ من الدستور على أن : " كل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء " ، والدستور في هذا النص يعبر عن ادانته لما تكشف من حالات استهتان من خلالها مدى انتهاك مراكز القوى للحياة الخاصة للمواطنين من طريق التصنت على حياتهم الخاصة .

وتطبيقاً لهذا الاتجاه الدستوري صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، والذي قضى بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمـان حريات المواطنين في القوانين القائمة (١) ، وقد اضيف بمقتضى هذا القانون مادتان جديدتان الى قانون العقوبات ، وهما المادتان ٣٠٩ مكرراً ، ٣٠٩ مكرراً (أ) ، ونصهما كالآتي : مادة ٣٠٩ مكرراً : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن ، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غـيـر الأحوال المصرح بها قانوناً ، أو بغير رضا المجنى عليه :
أ — استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيـسـا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون .

ب — التقط أو نقل بجهاز من الاجهزة ايا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص ، فاذا صدرت الأفعال المشار اليها في الفقرتين السابقتين اثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع ، فان رضا هؤلاء يكون مفترضا .

(١) صدر هذا القانون في ١٢٨ سبتمبر سنة ١٩٧٢ م ، ونشر في العدد ٣٩ من الجريدة الرسمية ، وقد حرص القانون المدني على ضرورة كفاية العوائق المادية التي تحجب الجار عن المساس بالحياة الخاصة لجاره وذلك من خلال الاحكام الخاصة بالجوار وفتح المطلات والمناور في المواد من ٨١٩ — ٨٢١ من التقنين المدني المصري ، والمسافات التي تحددها تلك المواد تستهدف أساساً الحيلولة ، دون اطلاق الجار على خصوصيات

ومعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته ، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو اعدامها . . . مادة ٣٠٩ مكررا (أ) ، يعاقب بالحبس كل من اذاغ أو سهل اذاعة أو استعمال ولو في غير علانية تسجيلا أو مستندا متحصلا عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة ، أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن .

ومعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بأحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه ، ومعاقب بالسجن الموظف العام ، الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته ، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة أو تحصل عنها ، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو اعدامها ، كما اضيف بمقتضى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ م ، والمادة ٩٥ الى قانون الاجراءات الجنائية ، لتحديد الاحوال التي يجوز فيها ضبط الخطابات ومراقبة التليفونات حيث جعلت ذلك من اختصاص قاضي التحقيق ، متى كان للاجراء فائدة في ظهور الحقيقة في جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر وفي جميع الاحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة .

جاره . راجع : الوسيط للسنهوري - ج ٨ - ص ٧٧٦ ، د .
عبد المنعم فرج الصدة - الحقوق العينية الاصلية - ص ١٢٣ .

كما عدلت المادة ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية لتقرر مبدأ عدم تقادم الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وغنى عن البيان ان الاعتداء الناشئ عن جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة يعطى للمضرور الحق في التعويض المدني (١)

٣٠٥ - وقد جاء موقف التشريع المصري متوائماً مع الاتجاه الغالب للفقهاء المقارن ، والذي يحيد الاعتراف بالحق في الخصوصية ، وهو اتجاه القانونيين الأمريكي والفرنسي ، كما أنه يمثل اتجاه المشرع المصري كما سبق ، وقد خالف القانونان الايطالي والانجليزي في الاعتراف بالحق في الخصوصية ، حيث يرى القانون الايطالي أن المشكلة فسي حق الخصوصية ليست قانونية ، وإنما هي مشكلة رقابة اخلاقية (٢) ، أما القانون الانجليزي فانه مازال يرفض الحق في الخصوصية باعتباره حقاً مستقلاً ، حيث يعتبر التعدي على الحق في الخصوصية من قبيل القذف او التعدي على الغير في ملكه ، وأحياناً يعتبره من قبيل المضايقات أو من باب الاخلال بالثقة ، ولعل عذر القضاة الانجليزي في عدم الاعتراف بالحق في الخصوصية يكمن في تمسكه الشديد بفكرة السوابق القضائية ، التي تجعله يتردد كثيراً في وضع مبادئ جديدة تواجه التقدم العلمي والتطور الاجتماعي المعاصر ، فمازال القضاة الانجليزي يتمسك بمبدأ غريب ، وهو مبدأ أنه حيث تكون الحالة المعروضة أمام

(١) وقد نصت على مبدأ التعويض المادة ٥٧ من الدستور المصري .

(٢) حكم محكمة النقض الايطالي بتاريخ ٢٢/١٢/١٩٥٦ م ، ويبدو أن القانون الايطالي قد عدل عن هذا الاتجاه واعترف بالحق في الخصوصية استناداً الى المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ، راجع حكم محكمة ميلانو الصادرة في يوليو سنة ١٩٧٠ م ، والمشار اليه في د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ١١٢ هامش (١٧) .

القضاء ، جديدة فانه لا يملك أى سلطة لاعطاء العلاج لصرف النظر من مدى ظلم هذه القاعدة ، بل يجب أن يطبق القواعد السابقة الموجودة ، ومن ثم فقد أصبح من المستحيل ان يضيف القضاء خطأً جديداً على الاخطاء التى سبق ان أقرتها المحاكم الملكية منذ قسرون ولهذا فقد أصبح قانون المسؤولية المدنية في إنجلترا قانوناً عتيقاً عفا عليه الزمن لا يتلاءم مع تطورات العصر ، وتسوده عدم المنطقية (١) .

٣٠٦ - صور التعدى على حق الخصوصية :

ويبدو مما ذكره الفقهاء أن التعدى على حق الانسان نفسى الخصوصية يتخذ صورتين :

الصورة الأولى : وتتعلل في التجسس على الحياة الخاصة .
والصورة الثانية : وتتعلل في الكشف عن الخصوصيات ونبيهن
طبيعة التعدى في الصورتين بالقدر الذى تقتضيه تلك الدراسة .

٣٠٧ - أولاً : التجسس على الحياة الخاصة وصوره :

والتجسس على الحياة الخاصة يعتبر من أهم صور التعسدى عليها ، وصور التجسس على الحياة الخاصة أصبحت من الكثرة بحيث يكون من العسير حصرها ، لأنها مرتبطة بتقدم العلم ، وما يقدمه من ابتكارات تستهدف التفتن في التجسس على الغير ، لكن أهم صورتين في الحياة العملية من صور التجسس هما استراق السمع والتسجيل ، ثم التقاط أو نقل الصورة .

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٢٣ .

٣٠٨ - أ - استراق السمع وتسجيل المحادثات الخاصة :

وبدهي أن التجسس من طريق استراق السمع أو تسجيل المكالمات الخاصة أو نقلها يجب - حتى يكون مكونا لفعل التعدي على الحق في الخصوصية - أن يتم بدون إذن الشخص ، وقد اشرنا الى أن قانون العقوبات قد عدل بما يحرم استراق السمع وتسجيل المكالمات الخاصة ، لكنه قد اشترط لتوافر اركان الجريمة أن يتم المساس بالمحادثة - من طريق جهاز من الأجهزة ، ويقرر الفقه أن ذلك الشرط ليس ضروريا في مجال التجسس على الحياة الخاصة ، اذ يكفي للتعدي عليها مجرد التصنت أو التجسس أو التلصص بصرف النظر عن الوسيلة التي تتبع فسي ذلك (١) ، فمن يسترق السمع باذنه من وراء الباب يعتبر معتديا على الحياة الخاصة للغير .

٣٠٩ - ب - التقاط أو نقل صورة للشخص :

وكما يحدث التعدي على الحياة الخاصة بالتجسس وتسجيل المكالمات ، فإنه يتحقق أيضا عن طريق التقاط صورة للشخص دون إذن حتى ولو لم تنشر الصورة ، اذا كان الشخص يوجد في مكان خاص ، ومثل التقاط الصورة نقلها ، فإن نقل الصورة يعني وضع اجهزة تمكن المتلصص من رؤية ما يدور في مكان آخر مثل وضع الدائرة التلفزيونية المغلقة ، كما يعتبر اعتداء على الحق في الخصوصية مراقبة مسا يدور في مكان خاص ، من طريق منظار مكبر أو مرايا ، أو النظر من ثقب الباب ، كما يعتبر معتديا على الخصوصية من يقوم برسم صورة لسا يراه في مكان خاص (٢) .

(١) د . حسام الدين الاهواني - المرجع نفسه - ص ١٠٤ .

(٢) Chavane (A) : La protection de la vie privée dans la loi du 17 Juillet 1970 (Rev. Sc . Crim - et dr . pencomp 1971. P. 612. et.s.)

وإذا كانت المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات تستلزم أن يكون التصوير أو النقل عن طريق أجهزة ، فذلك القيد لا يسرى في مجال القانون المدني ، فالتجسس عن طريق الرؤية قد يتم دون أي أجهزة مثل النظر بالعين المجردة ، أو بأي وسيلة بصفة عامة .

وإذا كانت الموافقة على التصوير هي الأصل ، فإن هناك فروضاً يمكن فيها استخلاص الموافقة الضمنية للفرد العادي على التصوير والنشر ، ومن هذا القبيل من يوافق على التصوير أثناء وجوده في مؤتمر علني ، إذ الفرص أنه يوافق على نشر الصورة في إطار الأخبار المعلننة كذلك الحال إذا وافق شخص على أن تؤخذ له صورة مجاناً لدى مصور ناشئ حيث يمكن افتراض موافقته على عرض الصورة للدعاية المصورة (١) ، ويتحقق القول السابق على وجه الخصوص بالنسبة للمشاهير من فنانيين السينما والمسرح ، حيث يتعذر على تلك الفئة أن تحتج على التصوير وانتشاره لأن ذلك من مظاهر الشهرة التي ينشدها ، ويفترض موافقته الضمنية في أغلب الحالات على التصوير ، بشرط أن يكون من حياة الفنان العامة أو نشاطه المهني دون تجاوز إلى حياته الداخلية ، فإن تجاوز إلى حياته الداخلية دون علمه وبغير موافقته فإن الأمر يعود إلى الخطر مرة ثانية (٢) .

٣١٠ - ثانياً : الكشف عن خصوصيات الإنسان :

ويتحقق التعدي على حق الإنسان في الخصوصية وفقاً لتلك الحالة بالنشر عن طريق الطباعة والنشر ، والإذاعة ، فلا يجوز للشخص أن يذيع ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات تتعلق بالحياة

(١) د . حمدي عبدالرحمن - السابق - ص ٧٤ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٧٣ ، وما بعدها ، والأحكام المشار إليها فيه .

الخاصة للغير الا بعد الحصول على اذنه ، ومن المعروف أن حسيق الانسان في الخصوصية ينافي العلانية والنشر ، ومن ثم فان كل سلوك يستهدف ذلك الحق ، بالجهر بالقول أو بالصياح في مكان عام بطبيعته أو بالتخصيص بطريق المصادفة ، يعتبر تعديا ينال من نفسه ، وكذلك الامر بالنسبة لوسائل الاعلام المختلفة كالاذاعة التي تحقق العلانية بالنسبة للكلام ، والتلفزيون الذي يحقق العلانية للصوت وللصورة معا ، واهم صور العلانية في الوقت الحاضر هي التي تتحقق عن طريق الكتابة سواء بالنشر في الصحافة أو أي وسيلة أخرى كتابية ، حيث تتحقق العلانية هنا عن طريق الرؤية ، وليس السمع ، وعلانية الكتابة لا تتحقق الا بتوزيع المطبوعات أو المكاتيب أو الصور أو بعرضها لانظار الجمهور كما يتحقق التوزيع بتسليم المطبوعات أو المكاتيب أو الصور الى الغير أيها كان هذا الغير (١) ، كما تتحقق العلانية ايضا بالبيع وهو بذل الكتابة لقاء ثمن ، وبالعرض للبيع وهو طرحها لمن يرغب في شرائها ، وقد اثير التساؤل عما اذا كان الكشف عن الخصوصية يتحقق من مجرد اطلاع الغير عليها حتى ولو لم يتم ذلك علنا ، حيث ذهب الفقه في مصر وفرنسا الى أن الكشف عن الخصوصية يتحقق عن طريق اطلاع الغير عليها ، حتى ولو كان شخصا واحدا وطلب من نفسه الكتمان (٢) .

ولقد استقر الرأي في القانون المصري والفرنسي على أن الاعتداء يتحقق من مجرد النشر ، حتى ولو كان لا يهدف الى الربح أو المنفعة بل حتى ولو كان يهدف الى تحقيق غرض نبيل وشريف لمصلحة أو ذكرى من كشف عن خصوصياته .

(١) راجع في هذا المعنى : شافان - السابق - ص ٦١٥ ، وبروسر -

السابق - ص ٣٩٣ .

(٢) شافان - المرجع والمكان السابقان ، وراجع : د . حسام

الدين الاهواني - المرجع نفسه - ص ١٢٥ ، وقد نصت

المادة ٣٠٩ ، مكررا أ من قانون العقوبات المصري على عقاب

كل من اذاع أو سهّل اذاعة أو استعمل ولو في غير علانية .

(المطلب الثاني)

الضرر الواقع على خصوصيات الانسان في الفقه الاسلامي

٣١١ - اهتم التشريع الاسلامي بحق الانسان في خصوصيات بعض جوانب حياته اهتماما لا يقل عما اعطاه الفقه الوضعي بعضه تقدمه وتطوره لهذا الحق ، بل ان الحق في الخصوصية قد حظى بتفصيلات في الفقه الاسلامي تبرز حدوده ، وتوضح خصائصه وتلقى الضوء على معظم جوانبه ، بما يكاد يكشف عن نظرة تأصيلية له تدل على سمو الشريعة الاسلامية واحتوائها على كل ما يحفظ حقوق الناس في كل زمان ومكان ، وقد احسن مجلس الشعب المصري صنعا حين اقر تلك الحقيقة ، وهو بصدد مناقشة القوانين الخاصة بالحريات ، حيث ذكر بصفة اساسية أن الاصل الشرعي لحرمة الحياة الخاصة يكمن في قول الله تعالى : " ولا تجسسوا " ، ولا يفتسب بعضكم بعضا " (١) ، وهذا الاقرار وان كان قد اعترف بوجود تنظيم عام لهذا الحق في التشريع الاسلامي الا انه لم يعط تفصيلات توضح نطاق هذا التنظيم وحدوده في مجال التطبيق ، بما يجعله حقيقة واقعة ، وذلك ما نود ابرازه من خلال تلك الدراسة على نحو يتسنى من خلاله عقد موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي ، تعكس مدى حضور الفقه الاسلامي على ساحة الحياة المعاصرة ، بطريقة تفوق التشريعات الوضعية .

٣١٢ - حقيقة الحق في الخصوصية في الفقه الاسلامي :

واذا كان حق الخصوصية في الفقه الوضعي يعرف بأنه : " حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة ، وخاصة المحافظة

(١) سورة الحجرات - آية ١٢ .

على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة السستى
يحرص على عدم تدخل الناس فيها (١) ، فان هذه المعاني قسده
كفلت احكام التشريع الاسلامى المحافظة عليها بما يبرز اهميتها نفسى
حياة المجتمع افرادا وجماعات ، وبما يحدد في النفوس الباعث القوى
على احترامها .

٣١٣ - محل الحق في الخصوصية ومكانها :

ومحل الحماية في حق الخصوصية هي المشاعر الانسانية
الراقية التي تبعث في النفس نزوعا فطريا يدفع الانسان دفعا لميانية
الجوانب الخاصة من حياته من التبدل ، وينأى به عن أن تكون عورات
حمى مباحا لمن يدفعه الفضول ، أو القصد السيئ ، للاطلاع عليها
وهذه مصلحة أكيدة وذات اعتبار في التشريع الاسلامى ، ولا يقلل من
أهميتها ان تكون امرها أمر مشامر ، فان تلك المشاعر من القوة
والتأثير على حياة الانسان بما يجعلها مكونا لمعاني تلك الحياة
نفسها ، بل ان قوتها لدى البعض قد تصل الى حد بذل الحياة
من اجلها .

٣١٤ - بيت الانسان سره هورته :

وأما مكان هذا الحق ، فنظرا لأنه يتعلق بالجانب الخاص
من حياة الانسان أو كما عبر عنه فقهاء القانون الوضعي : بأنسه
ما يدور من حياة الانسان خلف الأبواب المغلقة ، كان من الطبيعي
ان يكون بيت الانسان هو الحصن المنيع الذي يجب أن تقف عنده

(١) تعريف الدكتور حمدى عبد الرحمن في فكرة الحق - ص ٦٦ .

رغبات الغير في التطلع لما يدور خلفه ، لأن ما يدور في بيوت
الانسان يعتبر من أخص أمور حياته التي لا يجب أن يطلع عليها أحد
من الناس ، ولقد بلغ من سمو القرآن الكريم وروعته أن عبر عن هذه
المعاني الكامنة وراء باب بيوت الانسان أبليغ تعبير حين وصفها بأنها
عورة ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين
ملكتم أيمنكم ، والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل
صلاة الفجر ، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ، ومن بعد صلاة العشاء
ثلاث عورات لكم " (١) ، بل ان وصف البيوت بالعورة ، هو العذر الذي
اراد المنافقون ان يستأذنوا به من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، للفرار
من الجهاد يوم الخندق ، كما حكى القرآن الكريم عنهم في قول الله
تعالى : " واذا قالت طائفة منهم يا أهل يثرب لا مقام لكم فارجعوا
ويستأذن فريق منهم النبي ، يقولون ان بيوتنا عورة وما هي بعورة
أن يريدون الا نؤارا " (٢) ، وقد نفى القرآن الكريم وصف العورة عن
بيوتهم ، فدل على كذب ما يدعون .

ووصف القرآن الكريم للبيوت بالعورة فيه دلالة على وجوب ستر
ما وراءها لأن العورة لغة : هي سوءة الانسان وكل ما يستحيا منه (٣) ،
وهي في اصطلاح الفقهاء : ما يجب ستره ويحرم النظر اليه (٤) ، ووصف
البيوت بالعورة التي تنبئ بكل معاني الصيانة والحفظ - يدل على مدى
تقدير التشريع الاسلامي لصيانة البيوت بصفة خاصة ، وحماية خصوصيات
الانسان بصفة عامة .

-
- (١) سورة النور : آية ٥٨ .
 - (٢) سورة الأحزاب - آية ١٣ .
 - (٣) مختار الصحاح - ص ٤٦١ .
 - (٤) المغني لابن قدامة - ج ١ - ص ٥٧٧ ، ونيل الأوطار للشوكاني
ج ٢ - ص ٦٩ ، وما بعدها ، وتفسير القرطبي - ج ١٤ - ص
١٢٨ ، وفتح القدير للشوكاني - ج ٤ - ص ٢٦٦ .

٣١٥ - تنظيم الاسلام لجانب الخصوصية في حياة الانسان :

لهذا ، ونظرا لما يمثله بيت الانسان في حياته ، كسيّاج ، بأمن خلفه على عوراته التي لا يجب بفطرتة ان يطلع عليها أحد ، فقد حظى الدخول للبيوت بتنظيم دقيق يضمن حفظ خصوصيات الانسان خلف أبوابها ، وجعل لهذا الدخول شروطا تضمن تحقيق تلك الغاية على أبلغ صورة واتم معنى ، ثم ان الهدف الرئيسي من وراء ذلك يتمثل في الحيلولة دون وصول احد الى ما يريد أن يعرفه عن الخبير من خصوصيات لا يريد هذا لأحد ان يطلع عليها ، ونظرا لأن التجسس من أخطر الادوات لكشف خصوصيات الانسان ، فقد حرص التشريع الاسلامي على النهي عنه ، حتى يخلق بتحريمه كل الابواب التي يمكن ان يتسلل منها خطر على خصوصيات الانسان ، وقد تقدمت وسائل التجسس واصبح منه التصنت والتصوير ومراقبة المكالمات الهاتفية وغيرها ، ومن ثم يجدر ونحن نبرز موقف التشريع الاسلامي أن نتناول تلك السلوكيات الحديثة التي تهدد حق الانسان في خصوصيات حياته بالتأصيل والاشارة .

٣١٦ - أولا : التنظيم الفقهي لدخول البيوت :

اضفى الشارع الحكيم على البيوت حرمة خاصة يصور غايتها الامام القرطبي بقوله : لما خصص الله سبحانه ابن آدم الذي كرمه وفضله بالمنازل وسترهم فيها عن الابصار، وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد ، حجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير اذن أربابها ، وأدبهم بما يرجع الى الستر عليهم لئلا يطلّسح أحد منهم على عورة(١)، وجاء ذلك التنظيم الشرعي لحرمة البيوت في قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى

(١) تفسير القرطبي - ج ١٢ - ص ٢١٢ .

تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ، فان لم تجدوا فيها احدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو اذكى لكم والله بما تعملون عليم " (١)

وهاتان الآيتان الكريمتان تدلان على أمرين في غاية الأهمية،
يمثل :

أولهما : اقرار الشارع الحكيم لحق الانسان في خصوصيات حياته داخل بيته .

وثانيهما : يتضمن تنظيما لممارسة هذا الحق في مواجهة الغير،
وينبغي بيان ذلك .

٣١٧ - أ - اقرار الشارع لحق الخصوصية :

من ابرز ما تدل عليه الآية الأولى : ان الله عز وجل أراد أن يشعر المخاطبين بأن حق الانسان داخل بيته وعلى خصوصيات حياته خلف أبوابه محل اعتبار ، حيث نسب البيوت الى أهلها ممن قرر لهم هذا الحق في قوله تعالى : حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، أى على أهل تلك البيوت ، وقد خاطبهم في بدايته الآية بما يدل على هذا المعنى بقوله : " لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم " ، حيث خلع عنهم وصف ملكيتها ، فكان من لوازم ذلك اثبات ملكيتها لأصحابها ، فالآية الكريمة قد صيغت على نحو يبرز معالم هذا الحق ابتداءً . (٢)

٣١٨ - ب - ممارسة حق الخصوصية في مواجهة الغير :

ويترتب على ثبوت حق الانسان في خصوصيات بيته ، أن يكون لهذا الحق حرمة تمثل نوعا من الاختصاص لصاحبه ، فلا يجوز لأحد مشاركته فيه ، لأن مجرد المشاركة من الغير تجافي معنى الخصوصية

(١) سورة النور - الآيتان ٢٧ ، ٢٨ .

(٢) القرطبي - المرجع والمكان السابقتان .

وليس لغيره أن يلج حتى هذا الحصن المحرم إلا بإذن منه ، وليس المراد بالإذن مجرد الرخصة ولكنه الإذن الذي يفتح عن رضا صاحب البيت العام والمطلق بدخول الغير فيه .

٣١٩ - شروط صحة رضا صاحب البيت بالدخول :

وإذا كان رضا صاحب البيت بدخول غيره فيه يمثل مظهرًا مسن ظاهر إقرار الشارع لحقه في الخصوصية على بيته ، فإن من شروط صحة هذا الرضا أمور :

٣٢٠ - الأول : أن يوجد الاستئذان من الغير :

فمن أراد أن يدخل بيت غيره يجب أن يكون استئذانه للدخول سابقًا لا متبوعًا ، يدل على ذلك قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم حتى تستأمنوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون " ، والاستئناس بمعنى الاستئذان (١) وقيل : معناه العلم الحاصل بموافقة صاحب البيت على الدخول (٢) ، وقيل : أن معناه من الأنس الذي هو خلاف الاستيحاش (٣) ، واستشعار الراحات في الدخول بأنس صاحب البيت يفيد حصول رضا بالدخول وزيادة ، فمعاني الكلمة كلها تدل على وجوب الاستئذان قبل الدخول .

٣٢١ - آداب الاستئذان وصورته :

قال العلماء : والسنة في الاستئذان أن يكون ثلاث مرات لا يزيد عليها ، قال ابن وهب : قال مالك : الاستئذان ثلاث لا أحسب أن يزيد أحد عليها ، إلا من علم أنه لم يسمع فلا مانع أن يزيد إذا

(١) القرطبي - المرجع والمكان السابقان .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) الشوكاني - فتح القدير - ج ٤ - ص ١٩٠ .

استيقن من عدم سماعه ، يدل على ذلك ما روى عن أبي سعيد الخدري أن عمر بن الخطاب قال له : ما منعك أن تأتينا ؟ فقال : أتيت فسلمت على بابك ثلاث مرات فلم ترد على فرجعت ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إذا استأذن أحدكم ثلاثا ، فلم يؤذن له فليرجع ^(١) " وإنما خص الاستئذان بثلاث ، لأن الغالب من الكلام إذا كثر ثلاثا سمع ونهم ، وإذا كان الغالب هذا ، فإذا لم يؤذن لسه بعد ثلاث ظهر أن رب المنزل لا يريد الأذن ، أو لعله يمنعه ممن الجواب عنه عذر لا يمكنه قطعه فيجب على المستأذن أن ينصرف (٢) .

وصورة الاستئذان أن يقول : السلام عليكم ، أأدخل ؟ ، فإن أذن له دخل وإن أمر بالرجوع انصرف ، وإن سكت عنه استأذن ثلاثا ثم ينصرف من بعد الثلاث ، وقيل : ينهي أن يقدم الاستئذان على السلام لأن الآية قدمت عليه في قوله تعالى : حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، إلا إذا وقع بصره على انسان قدم السلام (٣) .

فإذا أتى باب البيت لم يستقبل الباب من تلقاء وجهه ، ولكن من ركنه الأيمن أو الأيسر ، إلا إذا كان الباب مردودا فله أن يقف حيث شاء منه ويستأذن ، وذلك احتراماً للبيت ، وتلافياً لما يمكن أن يقع على ما بداخله من نظرة الفجأة من الطارق .

فإذا أرسل صاحب البيت إلى غيره رسولا فإن هذا الرسول يقوم مقام أذنه في الدخول لما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " رسول الرجل إلى الرجل أذنه " ، أي إذا أرسل إليه رسولا فقد أذن له في الدخول (٤) .

(١) حديث مشهور أخرجه الصحيح ، راجع : تفسير القرطبي -

ج ١٢ - ص ٢١٥ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) الشوكاني - المرجع السابق - ص ٢٠ .

(٤) القرطبي - المرجع نفسه - ص ٢١٨ .

٣٢٢ - الثاني : أن يكشف المستأذن من شخصيته :

ولا يكفي لحصول رضا صاحب البيت بدخول غيره ، أن يحصل الأذن من الغير على النحو الذى قرره الفقهاء ، وإنما لابد - حتى يكون هذا الرضا صحيحا - أن يكشف المستأذن من شخصيته على نحو يجعل موافقة صاحب البيت على الأذن له بالدخول ، صادرة عن رضا تام ، يدل على ذلك ما رواه الصحيحان وغيرهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : استأذنت على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : من هذا ؟ فقلت : أنا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنا أنا ، كأنه كره ذلك (١) ، قال العلماء : إنما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لأن قوله : أنا ، لا يحصل بها تعريف وإنما الحكم في ذلك أن يذكر اسمه كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبو موسى ، لأن في ذكر الاسم إسقاط لكلفة السؤال والجواب وقد ثبت عن عمر بن الخطاب أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو في مشربة له ، فقال : السلام عليكم يا رسول الله ، السلام عليكم ، أيدخل عمر ؟ وفي صحيح مسلم أن أبا موسى الأشعري جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال : السلام عليكم ، هذا أبو موسى ، السلام عليكم ، هذا الأشعري (٢).

٣٢٣ - الثالث : يحرم النظر داخل البيت حال الأذن :

كما يجب على من يستأذن للدخول حال الأذن وقبل أن يؤذن له أن يمنع إذاه من خصوصيات صاحب البيت ، سواء كان البيت مفتوحا أم مغلقا ، وإنما عليه أن يحاول الأذن على حال لا يطلع منه على البيت

(١) المرجع السابق - ص ٢١٧ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

لا في اقباله ولا في انقلابه ، فقد روى العلماء عن عمر بن الخطاب أنه قال : من ملأ عينيه من قاعة بيت فقد فسق (١) ، ذلك اذا كان بسباب البيت مفتوحا ، فان كان باب البيت مغلقا ، فمن الحرام الواضح ، والتعدي السافر أن يحاول المستأذن التلصص على ما بداخل البيت حتى ولو كان ذلك من أجل أن يؤذن له ، فقد روى الصحيح عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في حجر باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدري (مشطا) يرجل به رأسه ، فقسمال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو أعلم أنك تنظر لطمعت به نفسي عيني ، إنما جعل الله الاذن من أجل البصر (٢) .

٣٢٤ — التعدي على خصوصية الانسان بالتلصص :

وقد اعتبر الفقهاء أن التلصص على منزل الغير دون اذنته ، أو الاطلاع عليه من ثقب باب أو شق ونحوه نوعا من التعدي الذي يعطى صاحب المنزل دفعه بالوسائل التي يدفع بها الصائل ، بل نظروا الى المتلصص والناظر من ثقب الباب على أنه صائل يدفع ضرره بما يستطيع فلو أن صاحب المنزل رماه بحصاء أو طعنه بعود فقلع عينه ، فلا مسئولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية ، أي لا يجب عليه قصاص ولا دية ، يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : " لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاء نفقات عينه ما كان عليك جناح " وفي لفظ لأحمد والنسائي وصححه ابن حبان ، فلا دية له ولا قصاص (٣) .

٣٢٥ — المتلصص على بيت غيره صائل :

وقد ذهب الشافعية والحنابلة الى عدم وجوب شيء على القاصد

- | | |
|-----|-------------------------------------|
| (١) | المرجع نفسه ص ٢٢٠ . |
| (٢) | المرجع والمكان السابقان . |
| (٣) | سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٥٠٩ . |

للمتلصص اذا نظر الى بيته بغير اذنه استدلالا بهذا الحديث وغيره (١) ، يقول ابن قدامة : وسبب ذلك ان الناظر من ثقب الباب يرى ما بداخله من غير ان يعلم به أحد فلا يستتر وظاهر كلام أحمد أنه لا يعتبر نفسي هذا أنه لا يمكنه دفعه الا بذلك ، وقال ابن حامد : يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به فيقول لسه أولاً انصرف ، فان لم يفعل اشار اليه يوهم أنه يحذره ، فان لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السننسة أولى ، فان ترك الاطلاع ومضى لم يجزئيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطعن الذي اطلع ثم انصرف ، وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك ، والأولى أنه لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح لأن التفريط من تارك الباب مفتوحاً ، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحاً انه يستتر لعله أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه (٢) .

وذهب الحنفية والمالكية : الى أن صاحب الدار يسأل من حذفه للناظر من ثقب الباب في عينه ، الا اذا بلغ التعدي من الناظر مبلغاً يجعله حرباً بتوقيع مثل هذا الفعل عليه ، بأن تماذى الناظر في فعله ، ولم يقف عند حد النظر الى داخل البيت بعينه فأدخسل رأسه وراح ينظر ، في هذه الحالة لو رماه صاحب الدار بحجر مر نفقاً عينه فلا يضمن اجماعاً (٣) ، فالنقهاء متفقون على اعفاء الرامي للمعتدى ، اذا ادخل الاخير رأسه ، فاذا اكتفى بمجرد النظر يكون

-
- (١) راجع : مغنى المحتاج - ج ٤ - ص ١٩٧ ، والمهذب للشيرازي ج ٢ - ص ٢٢٥ ، واعلام الموقعين - ج ٢ - ص ٣٣٦ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣٣٥ .
- (٢) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣٣٥ وما بعدها ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٣٨٨ وما بعدها .
- (٣) راجع في هذا المعنى : تبیین الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه - ج ٦ - ص ١١٠ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٢٩٠ ، مجمع الضمانات - ص ١٦٩ ، والقوانين الفقهية - ص ٣٥١ .

فعله هذا محل خلاف ، والراجع في نظري هو رأى الشافعية والحنابلة لأن تصرف صاحب البيت نحو المعتدى جاء مستنداً إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم وهو الذى يتفق مع المحافظة على خصوصية الانسان .

٣٢٦ - الرابع : ان يصدر اذن صاحب البيت بالدخول :

وهذا الشرط معلوم بهداهة ، لأن دخول الغير الى المنزل مشروط بموافقة صاحبه ، واذا كان الاستئذان بشروط التى سلفست يعتبر حيثية لصدور موافقة صاحب المنزل على الدخول ، تبقى تلك الموافقة هي الأساس لذلك ، وهي المظهر الحقيقي لتأكيد حق الانسان في خصوصية بيته ، يدل على ذلك قول الله تعالى : " فان لم تجدوا فيها احدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو اذكى لكم والله بما تعطون عليم " (١) .

واذا ثبت أن الاذن شرط في دخول الغير للمنزل فانه يجوز أن يصدر الاذن من الصغير والكبير ، لما هو معروف من أن أنس بن مالك كان وهو دون البلوغ يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الصحابة مع ابنائهم وعلماؤهم رضي الله عنهم (٢) .

٣٢٧ - ثانيا : تحريم الاسلام للتجسس :

واذا كان الاسلام قد نظم دخول بيت الغير ووضع له نظاماً ينطوى في حقيقته على حفظ حق الانسان في خصوصية حياته ، فان هذا

(١) سورة النور - آية ٢٨ .

(٢) القرطبي - السابق - ص ٢٢٠ .

التنظيم يعتبر في حقيقته توجيهها خاصا باعتبار أن بيت الانسان ليس هو فقط محل خصوصياته ، وانما توجد خصوصيات أخرى تقع خارج البيت ولا يريد الانسان أن تصل الى غيره ، أو قد تكون تلك الخصوصية مما يقع داخل البيت ، ولا يتوقف كشفها على مجرد دخول الغير اليه ، فهذا الذي يسعى للكشف من خصوصيات الانسان لا ينتظر منه أن يطلب من صاحب البيت اذنه بالدخول ، اذ المعتدى لا يحترم غالبا قواعد النظام الذي يجب اتباعه وانما هو يسعى الى الحصول على ما يريد من معلومات عن خصوصيات المعتدى عليه بطريقته ، وقد تقدمت أدوات التصنت ، وتطورت أجهزة التلصص الى مدى يفوق التفكير ، مما يساعده للوصول على ما يريد دون قيد أو رابط ، لهذا وسد القنوات التعدى على الغير في خصوصياته باطلاق نهى القرآن الكريم من التجسس ، فقال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا " (١) حيث ورد النهي في الآية عن التجسس باللفظ الصريح القاطع في ثبوت الحرمة .

٣٢٨ — حيلة التجسس ووجه التعدى فيه :

والتجسس لغة : من الجس وهو التفحص ، يقال : جسس الاخبار أى تفحص عنها ، ومنه الجاسوس (٢) ، وهو الذى يبحث عن الاخبار .

وفي اصطلاح الفقهاء : هو البحث عما ينكت من عيوب المسلمين وعوراتهم (٣) ، وقد نهى الله عز وجل في الآية الكريمة عن البحث عن معائب الناس ومثالبهم ، وما لا يريدون اظهاره مما يدخل في اطار عورات حياتهم ، وقد جاء هذا النهى عاما ليشمل كل ما يمكن أن يتسلل منه المعتدى الى خصوصيات المعتدى عليه ، وليكن

(١) سورة الحجرات - آية ١٢ .

(٢) مختار الصحاح - ص ١٠٤ .

(٣) الشوكاني - فتح القدير - ج ٥ - ص ٦٥ .

في هذا العموم ما يشمل كل ما اسفرت عنه تطورات العلوم فـ في مجال التجسس والتصنت بالتصوير ، والتسجيل ونقل المكالمات الهاتفية وغير ذلك فهذه الصور من التجسس لا تتأبى عن الخضوع في حكمها لعموم النهى عن التجسس الوارد في الآية الكريمة ، لأنها أحد أفرادها وجزء من مكوناته ، ويكون حكمها التحريم .

وجمهور الفقهاء على أن الجاسوس يعزر ، وقد زاد أهـ حنيفة والأوزاعي وأبو يوسف أنه يودع السجن حتى يتوب ، وزاد بعض المالكية نفيه من المكان الذي يوجد فيه (١) ، وهذا ما لم يكن جاسوساً للعداء في الحرب فإنه يجوز قتله عند المالكية وبعض الحنابلة (٢) ، فإن كان الجاسوس حربياً أو كافراً فإنه يقتل باتفاق (٣) ، وإن كان ذمياً فالراجح أنه ينتقض عهده ويقتل (٤) .

والذى يعنينا من جريمة التجسس ، هو ما يقع منه على خصوصيات الانسان وجمهور الفقهاء على أنه يعزر بالحبس والسجن كما سبق .

٣٢٩ — خصائص التجريم في مجال التعدى على الخصوصية :

ومما يلاحظ على تجريم الشارع الحكيم سبحانه للتعدى على خصوصيات الانسان انه يتسم بأمرين :

٣٣٠ — أولهما : ان الشارع لم يشترط حصول ضرر للمتضمن عليه :

لقد اناط الشارع الحكيم الحكم هنا بعلة تتمثل في الفعل الضار ، وهو هنا مجرد النظر على بيت الغير أو التلصص عليه بدون أذنه ،

(١) المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٤٣ ، كشاف القناع - ج ٦ - ص ١٢٦ .

(٢) تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ٢ - ص ١٩٤ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - ج ٨ - ص ١٠ .

(٤) راجع : المكان السابقان .

أو التجسس بصفة عامة ولم يشترط لتوافر الجرم أن يترتب على هذا النظر أو التجسس ضرر، فلو أن شخصا نظر في منزل غيره من ثقب، ولم تقع عيناه على عورة، فإن مجرد هذا الفعل يكون كافيا لتوقيع العقاب عليه (١) . حيث لا يشترط حصول ضرره يدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم يقول : لو أن رجلا اطلع ، حيث جعل مجرد الاطلاع أو النظر هو علة الحكم ، دون أن يشترط له حصول ضرر بالمعتدى عليه ، وهذه حسنة تحسب للتشريع الاسلامي ، لأنه من باب المبالغة في حفظ خصوصيات الانسان ، رتب الحكم على مجرد النظر الذي لا يتعدى كونه وسيلة أو أداة للتجسس والوقوف على أسرار الانسان ولم يشترط الفقهاء لنفي التعدي عن المتلصص سوى اهمال صاحب البيت بتركه مفتوحا ، وعدم وجود شبهة للناظر في بيت غيره ، كما لو كان له محرم فيه أو زوجة أو متاع للم يجر قصد عينه لأن له في النظر شبهة (٢) .

٣٣١ - ثانيهما : لا يشترط توافر القصد لدى المعتدى :

ومن خصائص التشريع الاسلامي في تجريم التعدي على خصوصيات الانسان أنه لم يشترط لتأثير الفعل الضار بها أهلية، ومن ثم يمكن حصول التعدي من الصغير وناقصي الأهلية ، بسل ومعدوميهما أحيانا ، يدل على ذلك قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضهم من بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم " (٣) ، ووجه الدلالة في هذا القول الكريم أن الله

(١) راجع سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٥١١ ، وقد جاء

فيه : ان الحريم اذا كن في الدار مستترات أو في بيت من بيوتها . ففي وجه لا يجوز قصد عينه ، والأظهر الجواز لاطلاق الأخبار .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) سورة النور آية ٥٨ .

تعالى ، قد نهى المؤمنين عن تمكين القصر من لم يبلغوا الحلم من
الاطلاع على بيوتهم في أوقات معينة حددتها الآية الكريمة ، وغلب
فيها تبذل الانسان في بيته بما قد يكشف عن عورته ، ومن ثم فقد
كشفت الآية الكريمة عن أن الخطر على خصوصيات الانسان يمكن أن يأتي
من مسلك أولئك الذين لم يكلفوا أمام الله بعد ، ولذلك وجه الله
الخطاب الى المؤمنين ليحجبوا خصوصيات حياتهم عن غير المكلفين
من الصبية الذين لم يبلغوا ، ويمكن أن يلحق بهم المجنون والمعتوه
إذا كان من الممكن أن يصف ما رأى ، لأن كشف سر الخصوصية وهتك
حجابها لا يحتاج الى مكلف ، فقد ينقل طفل صغير اخطرا سريرا
البيوت ، بل قد يحكى مجنون أو معتوه أو ذوغفلة ما وقع نظره عليه
دون قصد ليصل الى سمع غيره ممن له قصد فيستغله ضد المعتدى عليه
أسوأ استغلال ، وبهذا يكون التشريع الاسلامي قد حمى خصوصيات
الانسان بابلغ اسلوب وأكد طريق ، وبما يجعله في هذا المجال على
درجة من الرقي تفوق ما عليه التشريعات الوضعية في هذا الخصوص .

القسم الثاني

مدى ضمان الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي
والوطني

٣٣٢ - نتناول في هذه القسم دراسة المسائل المتعلقة بضمان الضرر الأدبي من ناحية جوازه أو عدم جوازه ، مع بيان الرأي الراجح ، ثم بيان كيفية التعويض عن الضرر الأدبي ومسئولية انتقال هذا التعويض الى الورثة وذلك من خلال ما بين :

الباب الأول :

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته .

الباب الثاني :

كيفية ضمان الضرر الأدبي ، ونطاقه .

الباب الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته
وفيه فصلان :

الفصل الأول :

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ، ومشروعيته فسي
ظل النظم المعاصرة .

الفصل الثاني :

مدى مشروعية ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .

الفصل الأول

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيتها
في ظل النظم الوضعية المعاصرة

وفيه بحثان :

المبحث الأول : التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي .

المبحث الثاني : ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم
الوضعية المعاصرة .

(المبحث الأول)

التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي في النظم الوضعية

٣٣٣ - يبدو من خلال الوقوف على ما أثر من فقه الشرائع القديمة الأولية . ان الفعل الضار - سواء كان ضرره ماديا أم أدبيا - كان يستتبع رد فعل مماثل له ، فكان من حق المضرور ان يثأر لنفسه ، وان يلحق الأذى بمن أضربه ، وفي البدن لم يكن لحق الثأر حدود حيث كان المضرور يندفع في استعمال هذا الحق حسبما تعلمه عليه فريزته الجامحة وكان هذا الاندفاع يستثير مشيرة الجاني ، فيتبادل الفريقان ابلقاع الأذى ببعضهما زمنا طويلا ربما شمل عدة أجيال ولا يضع حدا لذلك سوى تدخل طرف ثالث ، كأن تحاول إحدى العشائر الأخرى فرض تحكمها على الطرفين المتخاصمين أو بتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما ، وفي البدن كان السحرة هم الذين يملكون مثل هذا النفوذ ، ثم شاركهم فيه بعد ذلك الملوك ، فرأت السلطة المركزية ، منذ ان اشتد ساعدها ضرورة تحديد حق الثأر منعا من الاسراف فيه ، وما يؤدي اليه هذا الاسراف من اثاره الحفائظ واستحكام العداة واضطراب الأمن وفقدان الطمأنينة ، فنظمت القصاص ، وأجارت للمضرور أن يحدث بمن أضربه مثل الأذى الذي أصابه ، والزمته في هذا الحد بعدم تجاوز الأحكام التي تستفاد من تقرير القصاص . (١)

وقد روي في مرحلة تالية أن يستعاض عن القصاص بالدية ، وبدأت الدية اختيارية يتفق الطرفان المتخاصمان على تحديد ها ، ثم صارت اجبارية ومحددة القيمة سلفا في كل حالة بحكم العرف أو القوانين (٢) ، فبرأى بعض الجرائم الخاصة كجرائم الاعتداء على الشرف لم تخضع لأحكام الدية الاجبارية المسعرة ، وظل فيها حق المجنى عليه كاملا في الأخذ بالثأر ، وهذا ما يفسر استمرار المباشرة

- (١) د . سليمان مرتس - الوافي - ٢ - المجلد الثاني - ص ٨٨ - طبعة ١٩٨٨ . والوسيط - للسنيوري - ج ١ - ص ٢٦٢ - فقرة ١٦ هـ وما بعدها .
(٢) المرجع نفسه - ص ٨٩ .

معمولا بها حتى في بعض المراحل الحديثة لتطور القانون (١) .

٣٣٤- ولما ظهر للمجتمع أن بعض الجرائم لا يقتصر ضررها على الأفراد بل يجاوزهم اليه ، رأت السلطة المركزية ان من واجبهـا ألا تقتصر على التدخل في المنازعات الخاصة لفرض الدية على الجاني لمصلحة المجنى عليه ، وان تعتبر نفسها صاحبة حق في مجازاة من يرتكب جرما يضر بالمجتمع ، ومن هنا نشأ حق الدولة في توقيع عقوبة على الجاني في بعض الأحوال باسم المجتمع كله ، واقتصر ذلك في أول الأمر على الأحوال التي كان يقع فيها اعتداء مباشر على كيان الدولة ، ونظامها أو أمنها ، ثم تبينت الدولة أن بعض الجرائم التي تقع على الأفراد مباشرة تمس الدولة ذاتها بصفة غير مباشرة أي من طريق الاخلال بالأمن فيها ، فمدت حقها في العقاب الى هذه الجرائم أيضا ، واقتصر في ذلك أول الأمر على الجرائم الأكثر خطورة ، كالقتل والسرقة ثم توسعت فيه تدريجيا (٢) .

وقد ترتب على ذلك أن صارت الجرائم أو الأفعال الضارة نوعين ، أولهما : جرائم خاصة لا تملك الدولة فيها حق العقاب ، بل تقتصر فيها وظيفتها على فرض الدية المحددة على الجاني حسبـا للمنازعات ، وثانيهما : جرائم عامة تملك الدولة فيها فوق ذلك حق توقيع عقوبة باسم المجتمع ، ثم أدى ثبوت حق المجتمع في ايقاع العقوبة الى تعديل في النظر الى حق المضرور في الدية ، فغلب النظر الى هذا الحق الأخير باعتباره ترضية وتعويضا للمضرور أكثر منه عقابا للمتسبب في الضرر ، ومن ثم نشأ حق التعويض على انقاض حق الثأر ، وهكذا نشأت المسئولية المدنية في أحضان المسئولية الجنائية ، فلا عجب اذا انطبعت بطابعها ، وتأثرت بأحكامها .

ويمكن اجمال ما انصفت به كلتا المسئوليتين في تلك العصور فيما يلي :

-
- (١) المرجع والمكان السابقان .
 - (٢) المرجع والمكان السابقان . والوسيط - للسنيهورى - المكسان السابق .

أولا : تأسيس المسؤولية ، مدنية كانت أم جنائية على مجرد احداث الضرر بالغير ، دون التفات الى نية الفاعل أو الى مسؤوليته الأدبية .

ثانيا : حصر أنواع الجرائم المدنية والجنائية وتعيين جزاء كل منها ، بحيث لا يستوجب الفعل الضار مسؤولية صاحبه ، الا اذا كون جريمة من الجرائم المنصوص عليها (١)

٣٣٥ - وفي القانون الروماني :

وقد مرت المسؤولية في القانون الروماني بعدة مراحل انطبعست بطابع التمييز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة ، وقد نص قانون الألواح الاثنا عشر على عد بعض الجرائم التي تقع على الأفراد جرائم عامة ، نظرا لما تحدثه بسبب خطورتها من اخلال بالامن كجريمة القتل ، ومنذ ذلك الوقت أخذت دائرة الجرائم العامة تتسع تدريجيا ، وترتب على ذلك اضطراب التوسع في حق الدولة في العقاب الى جانب حق المجنى عليه في الثأر والدية (٢) .

وقد تضمن قانون الألواح الاثني عشر بيان بعض جرائم تعتبر الدية فيه اختيارية ، وبعض آخر تعتبر الدية فيه اجبارية ، فدل بذلك على أنه وضع في فترة الانتقال من الدية الاختيارية الى نظام الدية الاجبارية (٣) ، غير ان الدية في كلتا الحالتين لم تتغير صفتها باعتبارها

(١) المرجع نفسه - ص ٩٠ - ومحاضرات في المسؤولية المدنية -

ص ١٢ ، د . عبد السلام الترماني - محاضرات في القانون الروماني - ص ٢٣٦ - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ١٩٦٤ م ، والسنيهورى - الوسيط - ج ١ - فقرة ١٧٥ .

(٢) د . عبد المنعم بدر ، ود . عبد المنعم البدر اوى - شرح القانون الروماني - فقرة ٥٥٦ - طبعة ١٩٥٤ .

(٣) Girard (f) ; Manuel élémentaire de Droit Romain :
Septième Edition, Paris 1924 , P. 417.

عقوبة خاصة حلت محل الحق في الثأر ، ولم تصل بعد الى اعتبارها تعويضا ، أى حقا ماليا ، وكان من آثار ذلك ان الحق فيها كان ينقضى بموت الجاني ، ولم يكن يجوز مطالبة ورثته بها (١) .

ثم نص بعد ذلك قانون أكيليا Aquilia (الصادر سنة ٢٨٧ ق م ، سنة ٤٦٢ من تأسيس روما) على بعض أنواع أخرى من الجرائم منها جريمة قتل الرقيق أو قتل الماشية ، ومنها : جرائم جرح الرقيق أو الماشية ، وبعض حالات اهلاك أو اتلاف الأشياء المادية الأخرى ، وجعل جزاء هذه الجرائم ، غرامة خاصة بتقاضيها المجبى عليه ، وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق أو الماشية التي اهلكت في خلال السنة الأخيرة أو بأعلى قيمة بلغها ما اتلف من أشياء أخرى في خلال الثلاثين يوما الأخيرة ، على أن تضاعف هذه القيمة اذا أنكر الجاني جريمته ، ثم ثبتت عليه (٢) ، وظاهر أن هذه الغرامة كان لها صفة العقوبة الخاصة (٣) ، إذ لم تكن تقدر بقدر الضرر الحقيقي بل بقدر أعلى قيمة بلغها المال التالف قبل ذلك خلال مدة معينة ، وكانت تضاعف في حالة الإنكار ، وكان المجبى عليه يملك للمطالبة بهذه الغرامة دعوى خاصة نص عليها القانون هي : L'actio Legis Aquilia ، وكانت هذه الدعوى مقيدة بشروط كثيرة تضيق من نطاق تطبيق هذا القانون منها :

(١) د . عبد المنعم بدر ، والبدر اوى - المرجع السابق - فقرة ٦٥٧ ،
د . شفيق شحاته - نظرية الالتزامات في القانون الروماني -
ص ١٥ - طبعة ١٩٦٣ - المطبعة العالمية بالقاهرة ، د . محمود
سلام زناتى - نظم القانون الروماني - ص ٢٩٧ - دار النهضة
العربية - القاهرة ١٩٦٦ م .

(٢) د . عبد المنعم بدر ، والبدر اوى - المرجع نفسه - فقرة ٥٧٨ ،
د . عمر مدوح مصطفى - القانون الروماني - ص ٤٤٢ - الطبعة
السادسة ١٩٦٧ م - دار المعارف بمصر .

(٣) Giffard : Droit Romain et Ancien Droit
français les obligations , 3^{ème} édit par Robert
Villevs precis, Dalloz, 1970, No, 320, P. 227
et suiv.

- ١ - أن يكون قد وقع مساس مادي على مال الغير بغير حق .
- ٢ - وأن يكون هذا المساس من طريق عمل ايجابي وليس مساس من طريق مجرد امتناع .
- ٣ - وأن يحدث هذا المساس بفعل مادي من الجاني يقع مباشرة على مال الغير ، أي أن يقع من طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذي اُتلف مباشرة فلا ينطبق ذلك مثلا على من يحدث صوتا مزعجا بالقرب من ماشية الغير على حافة نهر ، فيسبب انزعاجها واندفاعها الى النهر وهلاكها فيه .
- ٤ - وأن يكون المجنى عليه مالكا الشيء الذي اُتلف ، وأن يكون رومانيا غير اجنبي ، فلا ينطبق ذلك على صاحب حق الانتفاع بالشيء الذي اُتلف ولا على مستأجره أو معيره (١) .

كما كان من المقرر مع ذلك أن هذا القانون لا يسرى على اُتلاف العقارات . وقد خفف البريتور والفقهاء فيما بعد من هذه الشروط رغبة في تخويل المجنى عليه الحق في الغرامة الخاصة فسي حالات لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط ، ففي حالة جرح الرجل الحر ، لم يكن هذا يملك دعوى قانون اكيليا ، لأن هذه الدعوى كانت مقررة لحالة جرح الرقيق فقط ، فحول البريتور الرجل الحر ، الذي يصاب بجرح ، حق المطالبة بالغرامة عن طريق هذه الدعوى ، وحول المجنى عليه مثل هذه الدعوى أيضا في حالة المساس غير المباشر بمال الغير أو بالرقيق المملوك للغير ، أي أنه لم يشترط في هذه الدعوى توافر

(١) د . عبدالمنعم بدر والبدرأوى - المرجع السابق - فقرة ٥٧٧ ،

د . محمد ابراهيم الدسوقي - المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد - فقرة ١٧ - ص ١٦ وما بعدها - دار النهضة العربية ، والوسيط للسنهوري - المكان السابق .

مراجع : Gomma (Nooman) : Théorie des sources

de l'obligation thèse, Paris, 1960. L.G.D.J. 1968

P. 131 No:123. ets.

مراجع : د . جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٥٩ - هامش ١ .

اتصال مادي مباشر بين الجاني والمال الذي أتلفه ، بل اكتفى بمجرد التسبب في التلف دون اتصال مادي ، كما استعمل الحيلة في افتراض غير المالك مالكا وغير الروماني رومانيا ، وغولهما الدعوى على أساس هذا الافتراض ، وتوسع الفقهاء في تفسير النص الخاص بحالات الاتلاف سابقة الذكر ، وطبقوه على كل حالات الاتلاف الأخرى ، وبذلك أصبح الأساس بمال الغير ، أو التعدي الذي يخول حق المطالبة بتوقييع العقوبة الخاصة يشمل كل مساس بمال الغير أو بشخص الغير .

وفيما يتعلق بتقدير الإغرامة لم يقف الفقهاء عند حد المساس أو التلف المادي الذي أصاب الشيء ، بل نظروا إلى الضرر الذي عاده على مالكة ، فمثلا إذا قتل عبد كان قد عين وارثا لشخص غير مالكة ، وحدث القتل قبل قبول العبد التركة ، فالعسيرة ليست بمن العبد القتل فحسب ، بل أيضا بقيمة ما ضاع على مالكة من ميراث بسبب هذا القتل ، ولكنهم من جهة أخرى لم يكتفوا في تحقيق المسؤولية بمجرد حصول المساس المادي ، بل اشترطوا أن ينشأ عن هذا المساس ضرر ، وقالوا : أن من يقطع حاصلات غيره بعد نضجها ، لا تتحقق مسؤوليته رغم مساسه المادي بمال غيره ، لأن هذا المساس لا يترتب عليه ضرر للمالك ، إذ أن فصل المحصولات الناضجة عن الأرض لا ضرر منه (١) .

فإنهم وقفوا عند هذا الحد ، ولم يصلوا إلى تعميم القول بأن كل فعل أحدث ضررا بالغير يوجب مسؤولية فاعله ، سواء أكان الفعل مباشرة أم تسببا وسواء أكانت نتيجته ضررا أو مساسا ماديا بحقوق الغير (٢) .

.. وقد حاول الفقهاء أن يسدوا هذا النقص من طرق أخرى ، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش Actio doli ، وهي دعوى احتياطية لالزام من ارتكب خطأ تدليسيا dolus في بعض الأحوال

(١) المرجع السابق - فقرة ٥٨١ ، د. محمود سلام زناشي - السابق -

ص ٣٠٥ .

(٢) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ٩٣ ، والمراجع المشار إليها فيه .

بقية ما سببه من ضرر للغير بخطئه ، ولكنهم لم يجعلوا من ذلك مبدأ عاماً كما في القانون الحديث فيرأى النصوص تعددت عندهم حتى صارت تشمل ليس أغلب الأحوال التي يقع فيها ضرر مادي فحسب ، بل أيضاً الكثير من أحوال الضرر الأدبي (١) .

ويستبين من ذلك أن القانون الروماني لم يقرر مبدأ عامة المسؤولية ، وإنما عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن ، ولكن لم تنتظمها قاعدة عامة قط ، كما يستبين أيضاً أن المسؤولية كانت تقوم في الأصل على أساس التعدى المادي وما ينشأ عنه من ضرر ، ولم يكن يشترط في قيامها ارتكاب الجاني أى خطأ ، لأن دعوى المسؤولية حلت محل الحق في الثأر ، وهذا لم يكن ينظر فيه إلى سلك الجاني واعتباره خطأً أو غير خطأ ، وفاة الأمران الرومان يبرهان ما أدركوا أنه لا محل للثأر من الصغير غير المميز ولا من المجنون لأن فعلهما لا يختلف من فعل الحيوان فاشترطوا في مسؤولية الجاني أن يكون مميزاً ولم يقصدوا بذلك مطلقاً أول الأمر أن لا تقوم المسؤولية إلا جزاءً مسلك خاطئ ، ولم تظهر فكرة الخطأ عندهم كشرط لقيام المسؤولية إلا في أواخر عهد الجمهورية ، وتحت تأثير الفلسفة اليونانية ، ثم اشترطوا في تطبيق قانون اكيليا ، أن يكون في سلك الجاني الذى وقع منه التعدى خطأ ، واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ منه *in lege Aquilia* . *et Levissima Culpa Venit* وانتهى الأمران صار لفظ *injuria* مرادف للمعنى الخطأ *Culpa* وهذا بخلاف دعوى الغش التي كان قوامها الخطأ والتدليس .

.. فيرأى فكرة الخطأ هذه لم تحدد ولم توضح معالمها وقد لازمها هذا الاتهام في مختلف العصور حتى الآن (٢) .

- (١) المرجع السابق - ص ٩٤ ، ومحاضرات في المسؤولية المدنية - فقرة ٢ - ص ١١ ، وحسين عامر - المسؤولية المدنية - فقرة ١٦٢ - ومحمد نصر رفاعي - الضرر كأساس للمسؤولية المدنية - فقرة ٦ - ص ٢١ - والوسيط للسنهوري - المكان السابق ، وجميل الشرقاوى - السابق .
- (٢) د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٩٥ ، والمراجع المشار إليها فيه . د . عبد العزيز فهمي باشا - قواعد وأثار فقهية

وقد وصل القانون الروماني في أواخر عهده الى اعتبار الضرر الأدهي كافيا في جميع الأحوال لوجوب التعويض (١) ، كما كان يقر أحوالا كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدهي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية (٢) .

٣٣٦ - ضمان الضرر الأدهي في القانون الفرنسي القديم :

بدأت المسئولية في القانون الفرنسي القديم ، كما بدأت في القانون الروماني ، أي باعتبارها بديلا من حق الثأر ، وبالتالي ذات صبغة جنائية تخول المجنى عليه مطالبة الجاني بغرامة محددة ، سواء كان ذلك في الجرائم الخاصة أو في الجرائم العامة .

ومنذ أوائل القرن الثالث عشر بدأ القانون الفرنسي يميز بين الجرائم التي تقع على الأموال واعتبر حق المجنى عليه في هذا النوع الأخير من الجرائم حقا مدنيا يخوله التعويض عما أصابه من ضرر .

أما في جرائم الأشخاص فقد اعتبر حق المجنى عليه حقا ذا صبغة جنائية يقصد به توقيع عقوبة على الجاني أو إلزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيرا مدنيا .
réparation civile

وكانت قواعد التكفير المدني تدل على صبغته الجنائية حيث كان حق المطالبة به ينتقل بعد المجنى عليه لا الى ورثته بل الى أولياء الدم ، وكان ذلك بحد ذاته تمييزا للمسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ،

رومانية - نقلها الى العربية - فقرة ٤١ - مطبعة جامعة نوا د الأول ١٩٤٧ م ، محمود سلام زناتي - نظم القانون الروماني - ص ٣٠٩ ، د . عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - ص ٤٤٩ وما بعدها ، د . صوفى أبوطالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - ص ٤٤٠ - دار النهضة العربية ١٩٧٥ م .

(١) د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٥٧ .

(٢) الوسيط - للسنيهوري - ج ١ - ص ٨٦٥ .

وقد ساعد ذلك فقهاء القانون الفرنسى القديم على الفصل بين الجرائم ذات الجزاء الجنائى والمدنى معا ، والأخرى التى لا تستتبع الا جزاء مدنيا فقط هو تعويض الضرر ، كما ساعد على الكشف عن أساس مشترك بين جرائم هذا النوع الاخير هو الاهمال أو عدم التبصر ، فظهرت بذلك فكرة الخطأ باعتبارها أساسا للمسئولية فى الأفعال الضارة بالأموال (١) .

وقد برز استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية وتأسيسها بوجه عام على خطأ المسئول فى مؤلفات الفقيه الكبير دومات Domat من القوانين المدنية . Les lois civiles حيث تكلم عن الأضرار التى تنشأ من أفعال لا تكون جنائيه أو جنحه ، ويبدو من خلال ما كتبه أنه قد خصصه لدراسة المسئولية المدنية . وكان مما تحدث عنه الأضرار التى تحدث نتيجة خطأ أيا كان (٢) ، حيث يظهر انه قد استولت عليه فكرة الخطأ التى كانت قد ظهرت من قبله باعتبارها أساسا للمسئولية فى الأفعال الضارة بالأموال فعممها حتى أمكنه أن يصوغ منها مبدأ عاما يجعل المرء ملزما بتعويض ما يسببه بخطئه من أضرار للغير حيث قال : ان ما يحدث من ضرر بفعل أى شخص سوا صدر منه نتيجة جهل أو طيش أو عدم تحوط ، أو أى خطأ مهما كان يسيرا فانه يلتزم بتعويضها من تسبب فى حدوثها بعدم تبصرة أو بأى خطأ آخر (٣) .

(١) المرجع السابق - ص ١٠٦ .

(٢) Domat : les lois civiles dans leurs ordre

naturel livr 2 , Titre 8, section 4 ,

Paris, 1777.

وراجع : د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٤٦٠ .

(٣) Domat . Opcit .

وراجع :

Colin (A) et capitant (H) : cours elementaire

de droit civil français , T.2, No. 1286 ,

Paris, 1959.

.. وقد حذا الفقيه الفرنسي بوتييه حذودوما ، ففرق بين الجنح المدنية وأشباه الجنح باعتبارها مصادر للالتزامات ، ثم عرض للمسئولية المدنية عن فعل الغير في كتاب الوكالة بمناسبة الالتزام المتبوعين والسادة والآباء (١) .

٣٣٧ - وهكذا تم في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . وأصبح لها كيان مستقل ، حيث تقرر في شأنها مبدأ عام يبغي عن النص على مختلف الحالات . وصار يكفي لتحقيقها ارتكاب أى خطأ يسبب ضرراً للغير ولا مسئولية بدون خطأ ولذلك فانه اذا نشأ أى ضرر غير متوقع عن فعل برى ، لا يمكن نسبة خطأ الى فاعله ، فان الفاعل لا يكون مسئولاً عنه (٢) .

وهكذا كانت المسئولية المدنية في أواخر القرن الثامن عشر أى قبل الثورة الصناعية وحركة التقنين الكبرى قد تقرر في شأنها قاعدة عامة ، واعتبر الخطأ أساساً لها لا تقوم بدونه ، كما تقرر الى جانب ذلك جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة ، ومساءلته عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته ، أو تنشأ عن سقوط عماراته (٣) ، ومع ذلك فلم يرد في التقنين الفرنسي القديم تنظيم واضحاً لمبدأ التعويض عن الضرر الأدهى ، وان كان التعويض عن هذا النوع من الضرر أمراً جائزاً (٤) .

(١) د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٠٧ .

(٢) راجع في هذا المعنى : Mazead(H & L) et Chabas :

Lecons de droit civil , T. 2, 1 er, volum ,
No. 37, 6 em edition. 1978.

(٣) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٠٨ .

(٤) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٥٥ ، وقارن الوسيط - للسنهوري - ص ٨٦٥ حيث يقرر : ان التعويض عن الضرر الأدهى في ظل القانون الفرنسي القديم كان مقصوراً على المسئولية التصيرية دون المسئولية العقدية ، توهمنا ان هذا هو حكم القانون الروماني .

٣٣٠٨ - في التقنين الفرنسي :

حرص واضعوا التقنين على تحديد ضوابط المسؤولية المدنية كما وردت في كتابات دوما وبوتيه ، وقد صاغت المادة (١٣٨٢ مدنى فرنسى) القاعدة العامة التي تنص على ان كل فعل أيا كان يقع من الانسان، ويحدث ضررا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر ، وكان دوما قد نص على ذلك من قبل ، ثم بدا لهم أن يحذوا حذو بوتيه في التفرقة بين الجنحة وشبه الجنحة ، فنصوا على جرائم الاهمال أو اشباه الجنج في المادة (١٣٨٣ مدنى فرنسى) حيث قرروا : ان المرء لا يسأل عن الضرر الذى سببه بفعله فحسب ، بل يسأل أيضا عما سببه باهماله أو بعدم تبصره (١) ، وقد جاءت الأعمال التحضيرية زاخرة بما يدل على قصد واضعى هذين النصين تقرير قاعدة عامة تلزم كل من سبب بخطئه ضررا للغير ، وتحول دون مساءلة من لم يرتكب أى خطأ (٢) ، وقد اشترطت المادتان المشار اليهما لتحقيق مساءلة الشخص مدنيا أن تتوافر أركان ثلاثة هي : الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما ، وكان لا بد للمضروب ، وهو المدعى في دعوى المسؤولية المدنية ، من اقامة الدليل على هذه الأركان الثلاثة حتى تثبت دعواه ويحكم له بالتعويض ، وقد وجدت حالات اعفاء معينة للمضروب من عبء اثبات خطأ الفاعل ، نص عليها القانون الفرنسى في المواد ١٣٨٤ الى ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، وهى حالات مسؤولية الآباء والأمهات والمربين عن أفعال أولادهم أو تلامذتهم ، ومسئولية المخدمين عن أفعال خدمهم وتابعيهم ، ومسئولية مالك الحيوان أو من يستخدمه عن أفعال حيوانه ، ومسئولية مالك البناء عن انهدام البناء متى كان ذلك راجعا الى وجود عيب في تشييده أو نقص في صيانتة ، ويترتب على هذا الاعفاء قيام المسؤولية ابتداء في الحالات المشار اليها دون حاجة بالمضروب الى اقامة الدليل على وقوع خطأ من المسئول (٣) .

(١) د . سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان .

(٢) Mazead , Opcit , No. 35 et 36 .

(٣) Mazead , Opcit .

٣٣٩ — تطور أحكام المسؤولية المدنية :

وقد تطورت أحكام المسؤولية المدنية منذ وضع التقنين الفرنسي وبخاصة منذ الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، على نحو يستوعب ما جد في الحياة من قضايا المسؤولية التي أخذت تتلاحق ، ويتضاعف عدد هـا أضعافاً في سرعة فائقة ، تقتحم كل يوم ميداناً جديداً ، وتستحدث نفسي كل ميدان ألواناً من المشاكل لم تعرض من قبل ، وزاد البحث والجدل حول موضوعات المسؤولية المدنية ، فأصبحت هذه الموضوعات في أقل من نصف قرن في طليعة المسائل التي تشغل المحاكم ، وتتملاً مجموعات الأحكام ومنها على سبيل التأكيد الضرر الأدبي ومدى إمكانية التعويض عنه .

وترجع هذه الأهمية التي بلغتها موضوعات المسؤولية المدنية ، إلى عدة أسباب منها النهضة الصناعية الكبرى ، وظهور وسائل النقل الحديثة من قاطرات وسيارات وطائرات ، وشيوع استعمال الآلات الميكانيكية والكهربائية في جميع نواحي النشاط الانساني ، وإنتاج وتوزيع الأجهزة والمنتجات القابلة للانفجار ، وما صاحب ذلك من ازدياد عدد الحوادث الفارة ، والأسباب التي تقتضي قيام المسؤولية (١) .

كما كان لظهور الأفكار الوضعية أكبر الأثر في قيام المسؤولية على أساس الضرر وإن تقدر بقدره ، دون حاجة إلى أن يكون السئول قد ارتكب خطأ (٢) ، وهكذا تطورت أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الفرنسي ، حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن مما يشمل التعويض عن الضررين المادي والأدبي .

(١) Viney (G) : Traité de Droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Les obligations, T. 4, No. 17, P. 18, 19, la responsabilité: conditions 1982, et I. V. La responsabilités effets, 1988.

(٢) Viney, Opcit , P.23. Mazeaud, Opcit , No 64 : 66. Esmein. Cours de droit civil Approfondi, diplômé, études supérieures droit privé, Paris. 1949- 1950, P. 15. et s .

وراجع : حسين عامر - المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية - فقرة ١٧ ص ١٥١ - الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٦ م - مطبعة مصر .

٣٤ - وفي القانون المدني المصري :

وبعد أن تبلورت فكرة المسؤولية كمبدأ عام في نصوص القانون المدني الفرنسي بصفة ثابتة ومستقرة انتقلت الى التقنين المدني المصري المختلط عام ١٨٧٥ في أربع مواد من ٢١٢ الى ٢١٥ ، حيث وضع القاعدة العامة بقوله في المادة ٢١٢ : " ان كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لسبب آخر ، وفي المادة ٢١٣ : تكلم عن مسؤولية الانسان عن هم تحسنت رعايته ، وفي المادة ٢١٤ تكلم عن مسؤولية المخدم عن أفعال خدمه ، وفي المادة (٢١٥) تكلم عن مسؤولية مالك الحيوان (١) .

وقد نقل التقنين الأهلى عام ١٨٨٣ أحكام المسؤولية المدنية عن التقنين الفرنسي ، ولم يخرج عما ذهب اليه التقنين المختلط سوى انه اختصر المواد الأربع المتعلقة بالمسؤولية المدنية وقتنها في ثلاث مواد من ١٥١ الى ١٥٣ (٢) .

وقد ذهب الفقه الى القول : بأن خلوا القانون المدني القديم من اشتراط الخطأ لم يكن مثار خلاف ، اذ رجع الفقه والقضاء في اعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية الى النص الفرنسي الذى أخذت

(١) مصطفى مرمى - المسؤولية المدنية في القانون المصري - الطبعة الأولى ١٩٣٦ - فقرة ٢١٢ - ص ٢٠٧ - مطبعة نسورى بالقاهرة ، والوسيط - للسنيهورى - ج ٢ - فقرة ٥٢١ - ص ١٠٧٣ الطبعة الثالثة ١٩٨١ - دار النهضة العربية .

(٢) د . سليمان مرقس - محاضرات في المسؤولية المدنية - القسم الأول - فقرة ١٨ - طبعة ١٩٥٨ - معهد الدراسات العربية بالقاهرة ، د . محمد حسين الشامى - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ص ٣٦ - دار النهضة العربية -

منه تلك المادة (١) ، وقد ألغى هذا القانون ، وحل محله القانون المدني المصري الجديد الذي بدأ العمل به في أكتوبر سنة ١٩٤٩ والذي توسع في تنظيم المسؤولية المدنية ، فلم يقتنع بالاعتباس من القانون الفرنسي ، بل لجأ الى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتينية أو الجرمانية أو الفقه الاسلامي ، وأخذ من كل منها بما يوائم ويتفق مع البنية المصرية ، وبطابق أحكام القضاء المصري في حدود الأحكام الشرعية (٢) ، وقد حظيت المسؤولية المدنية فيه بما تستحقه من مناهة تتناسب وما بلغت من أهمية في الوقت الحاضر فأفرد لها الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام وتناولها في ست عشرة مادة (من ١٦٣ - ١٧٨) بدلا من ثلاث مواد في التقنين القديم ، ووزع هذه المواد بين ثلاثة فروع ، نص في أولها على القواعد العامة للمسؤولية المدنية بمناسبة مسؤولية المرء من فعله الشخصي (المواد من ١٦٣ الى ١٧٢) . وقد مالج في هذا الفرع أركان المسؤولية بوجه عام ثم بين أحكامها ، وفي الفرع الثاني نص على مسؤولية المرء من يخضعون تحت رعايته في المادة ١٧٣ ، وفي المادة ١٧٤ تحدث عن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، وفي المادة ١٧٥ تكلم عن حق المسئول عن غيره في الرجوع على ذلك الغير .

وفي الفرع الثالث تناول المشرع في المادة ١٧٦ ، مسؤولية حارس الحيوان وقرر في المادة ١٧٧ مسؤولية حارس البناء ، وفي المادة ١٧٨ مسؤولية حارس الأشياء .

(١) د . محمد حسين الشامي - المرجع نفسه ص ٣٧ ، د . محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي - فقرة ٢١ - ص ٢٦ - ١٩٧٥ - مكتبة النهضة المصرية ، د . عبدالسلام ذهني - النظرية العامة للالتزامات - ص ٦٧٤ - مطبعة مصر ١٩٥٢ - د . محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٧٩ - مؤسسة الثقافة الجامعية - اسكندرية .

(٢) د . سليمان مرقس - الوافي - ٢ - الفعل الضار - ص ١٣٠ .

وتتميز هذه النصوص في مجملها بصياغة حديثة ودقيقة ، ومتكاملة على نحو يستوعب كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية عن الفعل الضار سواء كان ماديا أم أدبيا ، وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٢٢ من التقنين المدني المصري حيث جاء فيها : " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء " ، وقد جاء هذا النص القاضي بالتعويض عن الضرر الأدبي بعد أن أورد المشرع في المادة ١٦٣ ما يفيد تعويض الضرر أيا كان نوعه ، بحيث يعتبر نص المادة ١/٢٢٢ مفصلا لنوع الضرر الذي يجب تعويضه ومبيناً بصفة خاصة لحالة التعويض عن الضرر الأدبي .

(المبحث الثاني)

ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم الوضعية المعاصرة

٣٤١ — كان وجوب التعويض عن الضرر الأدبي محل جدل كبير في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي ، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها :

أولاً : ان المقصود بالتعويض يتمثل في جبر النقص الذي حصل في ثروة مالية بدلا من ذلك الذي نقص منها ، والضرر الأدبي ليس كذلك ، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية ، ومن ثم يكن وجوب التعويض فيه أمرا لا معنى له ، لأنه لا يمثل خسارة مالية فلا ينجبر بالتعويض المالي .

ثانياً : كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي لا يتواءم مع ما تقضى به مبادئ الأخلاق ، اذ كيف يستساغ أخذ مبلغ من النقود عن ضرر يصيب الشرف أو العاطفة أو الحنان ، إنه لما يؤذى الحياء أن يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقد لولده أو أمه أو أخيه (١) ، وانه لما ينافي المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال العادية ، فيسمح لنفسه أن يشرى من جراء اعتداء الغير عليها (٢) .

ثالثاً : ثم ان تقويم الضرر الأدبي لا يمكن أن يكون الا تحكيميا اذ من المستحيل أن نقدره بالمال ، وعندئذ يكون الخلاف كبيرا بين المحاكم في تقويمها لذلك الضرر (٣) ، كما أن تقدير الضرر الأدبي

(١) د . عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - مصادر

الالتزام - ص ٤٧٤ ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما

بعدها ، د . السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦ .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٦ .

(٣) د . عبد الحى حجازى - المرجع والمكان السابقان .

سوف يختلف باختلاف الأشخاص أيضا مع اختلاف المحاكم في تقديره ،
ومن ثم فان تقديره سيكون تحكيميا لا يمكن أن يحقق العدالة (١) .

وقد كان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه ،
وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في
وضع حد لهذا التمييز ، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي
الذي يجر الى ضرر مادي ، ولا يعوض الا هذا الضرر المادي وحده (٢) ،
فهؤلاء اذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته ، كما ان منهم
من كان يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة
جنائية (٣) .

وبالنظر في أساس هذا التمييز نجد انه لا يقوم على سبب
معقول أو معيار مستساغ ، كما ان منهم من يجيز التعويض في الضرر
الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار لانه يجر في العادة الى ضرر
مالي ، ولا يجيزه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور ،
لانه يتمخض ضرا أدبيا خالصا لا يمتزج به ضرر مادي (٤) .

كما كانت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنثذ من
عدم صلاحية الضرر الأدبي للتعويض ، ومن هذا القبيل ما قضت به

(١) د . سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان ، والوسيط
للسنهوري - المكان السابق ، مصطفى مرعي - المسؤولية
المدنية - ص ١١٩ ، والاستاذ حسين عامر - المسؤولية المدنية -
فقرة ٣٣٩ - الطبعة الأولى - مطبعة مصر ١٩٥٦ م ، د . محمد
ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر -
ص ٤٦٥ .

(٢) السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٨٦٦ .

(٣) Aubry et Reu : Droit civil Français, Tome. 6,

No. 445, P.P. 345 : 348 éd. 1951, Paris.

(٤) السنهوري - الوسيط - المكان السابق .

بعض المحاكم المصرية من أن الضرر الأدبي لا يكفي لإجابة طلب المدعى التعويض ما دام المدعى لم يصبه أى ضرر مادي، أو تأسيسا على أن الشرف لا يقيم بالمال (١)، وكذلك الحزن والالام (٢)، وأن التعويض لا يستحق إلا عن ضرر اختل به نظام حياة المضرور بسبب موت ميسن ينفق عليه (٣)، ومن أنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعدم سهولة تقويم هذا الضرر، لأنه لا يصح أن يكون أساسا للاتجار المالي (٤).

٣٤٢ - اجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي :

غير أن رأى الفقه قد اعتراه تغيير بشبه الاجماع على خلاف ما ذهب اليه رأى الفقه السالف، وأصبح الأمر مستقرا على جواز التعويض

- (١) راجع : حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨ - ٧٦٤ - ٤٦٥ ، واستئناف مصر في ١٩٢٧/٢/٢٥ ، المحاماة ٧ - ٨٧٣ - ٤٩٨ ، ١٩٢٨/٢/٧ ، المحاماة ٨ - ٨٦٦ - ٥٢١ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٩٢٦/١/٢٨ م ، مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة - ٣٨ - ص ٢١٠ .
- (٣) استئناف مختلط في ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨ - ٧٦٤ - ٤٦٥ .
- (٤) حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٣١/١١/٢٦ ، المحاماة ١٢ - ٦٣١ - ٣١٥ - وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية في ١٩٣٧/١١/٢٢ بأنه : " إذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادي ، فإن هيبتها أسمى من أن تعالج بالتعويض المدني ، وكرامتها فوق الاعتبارات المالية ، لأن شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التي تحميها الدسوى العمومية ، وأن مواد قانون العقوبات التي وضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كقيلة باهرار سطوة الحكومة وصيانة هيبتها ، مشار اليه في سليمان مرقس - السابح ص ١٥٦ وما بعدها - هامش (٢) ، وراجع : حكم محكمة استئناف أسيوط في ١٩٣١/١٢/١٢ ، المحاماة ١٢٠ رقم ٣٨٢ .

عن الضرر الأدبي ، وإذا كان الفقه سلفا قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها ان جواز التعويض لا مبرر له ، فانه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق ، حيث استبان ان القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض ، وان تقدير التعويض فيسه مستعصى ، قد بنى على لبس في فهم معنى التعويض ، اذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وازالته من الوجود ، والا فان آثار الضرر الأدبي لا تمحى ولا تزول بتعويض مادي (١) ، ولكن يقصد به ان يستحدث الضرر لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي (٢) ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم الي جانبها كسب يعوض عنها ، وعلى هذا الأساس يمكن تعويض الضرر الأدبي (٣) ، فقد يكون صحيحا من الناحية النظرية ان يقال ان الضرر الأدبي لا يمكن اصلاحه بالنقود ، ولكن يمكن كذلك ان يقال : ان النقود اذا لم تستطع اصلاح كسل الضرر فانها على الأقل تساعد على التخفيف منه (٤) ، أو هو على الأقل يشكل بديلا لارضاء المجنى عليه أو المضرور ، هذا فضلا عن أنه ينبغي ان يراعى أنه ليس من العدالة الأيجازى المخطئ ، فالتعويض في هذه الحالة يعتبر نوعا من العقوبة التي يحكم بها لصالح المضرور (٥) .

وبناء على ذلك ، فان من أصيب في شرفه واعتباره بـجـوز أن يعرض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وان مجرد الحكم على

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٧ ، د . عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٥٩١ ، د . أحمد حشمت أبوستيت - نظرية الالتزام - الكتاب الأول - ص ٤٤ وما بعدها هامش (٢) - طبعة ١٩٥٤ م ، د . جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥ .

(٢) د . أحمد حشمت أبوستيت - المرجع والمكان السابق .

(٣) المرجع والمكان السابق ، ود . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٤٧٤ .

(٤) د . عبد الحى حجازى - المرجع والمكان السابق .

(٥) د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٢٥٣ - طبعة ١٩٧٨ م .

المستول بتعويض ولو ضئيل ، كقيل برد اعتبار المضرور ، وان من أصيب في ماطفته وشعوره اذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أهـواب المواساة تكفكف من شجنه ، والالم الذى يصيب الجسم ، يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور برفه به عن نفسه (٢) ، وأما تقدير مبلغ التعويض فانه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى ، وما على القاضى الا أن يقدر مبلغا يكفى عوضا عن الضرر الأدهى دون غلو في التقدير ولا اسراف (٣) ، أما عن امكان حصول تحكم من جانب المحاكم في تقدير التعويض عن الضرر الأدهى ، فثمة أمور كثيرة ، يكون مرجع الأمر فيها الى مجرد تقدير القاضى ، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء اليه في مثل هذه الأمور (٤) .

وقد انقضى هذا الخلاف من زمن ، وأصبح الاجماع منعقدا في العدة وفي القضاء على ان الضرر الأدهى يستوجب التعويض كالضرر المادى (٥) ، وقد قررت محكمة النقض المصرية : " ان الضرر الأدهى يصح أن يعرض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادى - مهما قيل عنه تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدهى - يساعد ولو بقدر على تخفيف ألم المضرور (٦) - وقد حكمت سائر المحاكم مرارا بالتعويض من المساس بالشرف وبالتعويض من الالم النفسى الناشئ عن فقد عزيز (٧) ،

(١) السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٧ ، والأحكام القضائية المشار اليها فيه ، د . حشمت أبوستيت - نفس المكان السابق ، د . عبد المنعم الصده - المرجع والمكان السابقان ، د . جميل الشرقاوى - المرجع والمكان السابقان .

(٢) الوسيط للسنهورى - نفس المكان السابق .

(٣) الوسيط - نفس المكان ، راجع :

(٤) د . عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٤٧٥ .

(٥) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ .

(٦) حكم محكمة النقض في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ، مشار اليه فسي

سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧ هامش (٧٦) .

(٧) نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - مجلة المحاماة ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٢٤ .

غير أنها في هذا النوع الأخير من الضرر الأدبي ، قصرت التعويض على الأشخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعية وثيقة كالزوج والآب والأم والأولاد والأخوة ورفضت تعويض الصديق والخليلة ، بل جعلت التعويض مقصورا في حالة تعدد الأقارب الشرعيين على أقربهم درجة إلى الفقيد كآب والأم والأولاد (١) .

.. ويستفاد من قضاء المحاكم في هذا الشأن أنها كانت تعتبر الأمر في صلة طالب التعويض بعزیزه الذي أفقده إياه الفعل الضار ، وفي كفايتها أو عدم كفايتها لاقامة وزن للألم الذي أصابه من فقد عزيزه ، أمرا متعلقا بالواقع ، ومتروكا لتقديره للمحكمة بحسب ظروف كل حالة ، على أن المحاكم مع تسليمها بالتعويض من الضرر الأدبي ، جرت فسخي الغالب على التقدير ، في تقدير التعويض المالي عنه رغبة منها في قصر هذا التعويض في حدود معقولة حتى لا يكون الضرر الأدبي مصدرا لثراء للمضرور (٢) .

٣٤٣ - الضرر الأدبي في التقنيات العربية الجديدة :

وقد جاءت نصوص التقنيات العربية الجديدة ترجمة لهذا الاتجاه الفقهي وتأكيده له ، فنصت على وجوب تعويض الضرر الأدبي ، وكان أسبقها في هذا الصدد التقنين التونسي ، ثم التقنين المغربي حيث جعلتا في المادتين ٨٢ ، ٨٣ / ٧٧ ، ٧٨ الضرر الأدبي على قدم المساواة مع الضرر المادي في إيجاب التعويض ، ثم تلاهما التقنين اللبناني ، حيث نص في المادة ١٣٤ فقرة ثانية على أن الضرر الأدبي يعتد به كما يعتد بالضرر المادي ، ثم أضاف إلى ذلك في الفقرة الثالثة أن القاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القرى الشرعية أو صلة الرحم . (٣)

- (١) د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٥٨ .
- (٢) المرجع والمكان السابقان ، والوسيط للسنيهوري - ج ١ ص ٨٦٨ والأحكام المشار إليها فيه .
- (٣) د . سليمان مرقس - المسئولية المدنية في تقنيات الدول العربية القسم الأول - ص ١٤٧ - طبعة ١٩٧١ م .

وقد رأى المشرع المصري عند تنقيح القانون المدني أن يقسّم أحكام المحاكم المصرية في هذا الشأن بعد تحديد قضاها وإيضاحه ، فنص في صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ على أن : " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا .. " ، فقرر بذلك المبدأ الذي استقرت عليه المحاكم من قبل ، بل وضع الضرر الأدبي من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي ، وذلك سواء في المسؤولية التقصيرية ، أم في المسؤولية العقدية ، لأن هذا النص ورد في باب آثار الالتزام بوجه عام (١) .

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه اليه التقنين العراقي حين أورد

(١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : الوسيط للسنهوري - ج ١ - ص ٦٨٢ حيث يقول : " وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بوجه خاص ، وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضا من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، حيث كانت تقاليد القانسون الفرنسي القديم لا تجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأي الكثرة من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون جوازه ، وفي القانسون المدني المصري ، فإن نص المادة ٢٢٢ مدني ، صريح في جواز التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية .

ومن أحكام المحاكم في هذا الصدد ما يقضى بالتعويض مسن الاخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية ، حكم محكمة باريس في

١٨٩٧/١٢/٢ : 465 - 2 - 1898 , Dalloz

وعن ذكر صاحب المسرح اسم مشلة كبيرة في الاعلانات بحسروف صغيرة تقلل من مكانتها عند الجمهور ، راجع : حلمي بهجست بدوى - أصول الالتزامات - ص ٤٠٧ - طبعة ١٩٤٣ م ، وعن اخلال العامل بعقد العمل على نحو يؤثر في هيئة صاحب العمل لدى

العمال ، حكم محكمة تولوز في ١٨٨٩/٧/١٢ م :

29 - 3 - 1891 , Dalloz ، وسان تيان في ١٩٠١/٤/٢٦ م

Siary, 1904 - 2 - 116..

ما يقابل هذا النص في المادة ٢٠٥ الواردة في باب الأعمال فـسـير
المشروعة ، ومن ثم ذهب الفقه الى أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون
في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية تأسيساً على ورود النص
في باب الأعمال غير المشروعة ، واتجاه الفقه وقد بنى على أساس
ورود النص ضمن باب الأعمال غير المشروعة ، لا يمنع من وجوب التعويض
عن الضرر الأدبي في مجال المسئولية العقدية أيضاً ، اذا اخل
بالالتزام الواجب أدائه فيها لا يمكن النظر اليه على أنه من قبيل
الأعمال المشروعة (١) .

وقد رأى المشرع المصري أن اطلاق مبدأ التعويض عن
الضرر الأدبي يجعله يشمل الضرر الأدبي الذي يتردد على أشخاص
كثيرين من ضرر أصلي مادي أو أدبي يقع على شخص معين ، كالحنن الذي
يصيب أقارب القتيل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه وغيرهم ممن يشعرون
معه بصلة المودة والألفة ، وأنه يخشى من ذلك أن يحفر عدداً كبيراً من
أولئك الأقارب والأصدقاء الى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب

(١) في هذا المعنى : د . حسن الذنين - النظرية العامة
للتزام - ج ١ - ص ٣١١ - فقرة ٢٦٢ - بغداد سنة ١٩٦٩ م .
وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٣٠٠ والتي أهدلت
بالمادة ٢٣٨ ، ثم المادة ٢٢٢ مدني مصري : " يعتد فـسـي
المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبي وفقاً للأحكام التي تقدمت
الإشارة اليها في المسئولية التقصيرية ، وفنى عن البيان أن تصور
الضرر الأدبي أيسر في نطاق المسئولية التقصيرية منه في نطاق
المسئولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفي إمكان قيام المسئولية
عن الضرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية ، فمن ذلك مثلاً
امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية
رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة ، راجع : مجموعة الأعمال
التحضيرية - ج ٣ - ص ٥٦١ - ٥٦٨ .

الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد وييهض ذلك ذمة المسئول وقد يسبب اعساسة ومزاحمة طالبي التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الأقربين إذ لا يحصلون من التعويض المستحق لهم إلا على النذر اليسير (١) .

لذلك أثر المشرع المصري في التقنين الحالي أن يحسم الأمر بنص قانوني يقصر حق طلب التعويض المالي عن الضرر الأدبي المرتد على فئات معينة من أقارب المجنى عليه الأصلي . فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ ذاتها : " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " (٢) .

وقد نص على ذلك التقنين السوري في المادة ٢٢٣ منه ، والتقنين الليبي في المادة ٢٢٥ منه وبذلك قيد المشرع المصري والسوري والليبي المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبي المرتد عليه وبين عزيزه الذي فقده ، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر ، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذي يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ما لم يكن طالب التعويض زوجا لذلك العزيز أو قريبا له من الدرجة الثانية ، أي أن المشرع قصبر سلسلة الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الألم الذي يصيبهم من

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٤٨ ، والفعل الضار - السابق ص ١٦٠ .

(٢) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصري تطبقا لهذا النص ، راجع نقض مدني مصري في ٢٢/٣/١٩٦٦ م ، مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٦٣٦ - ٨٨ ، ونقض مدني في ٤/١١/١٩٧٥ م مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ١٣٥٩ - ٢٥٩ .

موت قريب لهم على الأولاد والأحفاد والآباء والأجداد ، والأمهات
والجدات والأخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم (١) .

٣٤٤ — وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٢ -
مدنى مصرى ما يأتى : " استقر الرأى في العصر الحاضر على وجوب
التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام بعد أن زال ما خامر الأذهان من
عوامل التردد في هذا الصدد ، وقد عمدت بعض تقنيات قديمة
كالتقنين الهولندى وقالبية ساحقة من التقنيات الحديثة الى اقرار هذا
الحكم في نصوص التشريع ، وقد بلغ من أمر هذه النزمة أن أورد المشروع
الفرنسى الايطالى في المادة ٨٥ أمثلة تطبيقية في هذا الشأن من
ذلك ما نص عليه من أنه : " يجوز للقاضى بوجه خاص أن يحكم بتعويض
المضروب عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة
عائلته أو حرمة الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه أو حرمة سر يحسره
عليه ، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما
يصيبهم من ألم عند موت المضرور " (٢) ، كما أن نصوص القانون الفرنسى
الحديث في عمومها واطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى
بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى (٣) ، وقد أقر القضاء
الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده في أحكام كثيرة (٤) ، وعلى هذا

(١) السنهورى - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٧٩ ، د . أحمد حشمت
أبوستيت - السابق - فقرة ٤٦٨ ، د . سليمان مرقس - المسئولية
المدنية في تقنيات الدول العربية السابق - ص ١٤١٩ ، د . جمال
زكى السابق - فقرة ٢١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩١ .

(٣) السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٦ .

(٤) راجع : حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٥ / ٦ / ١٨٣٣ م .

Sirey, 1833-1-458

وحكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ / ١٠ / ١٩٢١ م .

وفي ٢٢ / ٦ / ١٩٢٨ م Dalloz, 1922-1-163.

Gazette de palais, 1937-1-399

وحكم محكمة ديجون الاستثنائية في ٢٥ / ٧ / ١٩٤٦ م :

Gazette de palais, 1946-2-206.

المبدأ استقرت التقنيات الحديثة (١) . حتى انه ليندر ان نجد اليوم تشريعاً يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الأدبي موقفاً سلبياً ، فباستثناء الاتحاد السوفيتي والصين نجد باقي البلاد الاشتراكية تقصر التعويض عن الضرر الأدبي ، بل ان بعض هذه الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الأدبي أمراً موافقاً لمبادئ الاشتراكية (٢) .

وقد كان هناك رأى قديم في الفقه الفرنسي يرى ان الضرر الأدبي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض بحجة أن قواعد المسؤولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر وليس من المعقول أن يقوم الضرر الأدبي بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة ، ولكن ما ان قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدبي عام ١٨٦٣ م ، حتى استقر مبدأ التعويض منه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه (٣) .

(١) مثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري ، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوي ، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الايطالي ، والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني ، والمادة ٣٤٨ مدني يمني ، والمادة ١٦٦ من القانون البولوني ، راجع : السنهاوري - السابق - ص ٨٦٩ هامش (١) .

(٢) Viney, Op.cit, P. 311.

وراجع د . سليمان مرقس - الوافي - الفعل الضار - ص ١٥٧ - هامش ٧٥ .

(٣) د . محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - فقرة ٢٤٢ - ص ٤٦٥ ، والاستاذ مصطفى مرمي - المسؤولية المدنية - فقرة ١٢٤ ، والاستاذ حسين عامر - المسؤولية المدنية - فقرة ٢٣٩ ، د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ فسي المسؤولية المدنية - فقرة ٢٥٢ .

الفصل الثاني

ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٤٥ - مسمى الضرر الأدبي كما سبق القول لم يكن معروفا لدى الفقهاء القدامى ، وإنما برز مساه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة ، بعد استحداثه في التشريعات الوضعية ، منذ أن أقر مضمونه في التشريع والفقه والقضاء ، وأصبح وجوده ضرورة أمثلتها ظروف الحياة بعد تقدم المخترعات ، وما استلزم ذلك من تغير أنماط الحياة ، ونظام سلوكيات الناس فيها على نحو يجعل التعدي على الحقوق الأدبية التي يجب أن يتمتع بها الانسان في جسده وحياته وشرفه واعتباره ، وعواطفه ، أمرا واردا ، بل ان شئت فقل أنه كثير الوجود ، وقد أدى ذلك بالضرورة وفي ظل البحث عن بدائل شرعية تحكم ما استجد في حياة الناس من سلوكيات تستوجب الضمان ، وتستلزم التعويض ، أن يعود المشتغلون بالدراسات الفقهية ، والمعنيين بالبحث الى مصادر التشريع الاسلامي ، بغية الوقوف على أصل يمكن أن تقوم عليه المسئولية عما يحدثه المسئول من ضرر أدبي ، وإلى ما تركه الفقهاء في كتبهم من أقوال ، وما أوردوه في مصنفاتهم الفقهية من أحكام متعددة لكثير من الحوادث الجزئية التي وقعت في مجتمعاتهم وهي كما يقول أحد المعاصرين من الفقهاء : " تشبه حوادث العصر الحالي ، لأن طبائع الناس متشابهة غالبا ، وصنوف الأدب والاهتمامات الصادرة منهم متقاربة ، والباحث عليها ، والهدف منها معروف ، والممتلكات المتداولة واحدة في الماضي والحاضر تقريبا ، فهي اما عقارات وأراض وأبنية ، وأشجار ، وثمار أو منقولات وسلع تجارية ، وأمتعة شخصية ووسائل ركوب ، وأدوات انتاج زراعي أو صناعي وأوراق نقدية ووسائل ثقافية ، وأدوات معرفة ونحو ذلك (١) .

(١) د . وهبه الزحيلي - التعويض عن الضرر - منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - كلية الشريعة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ - ص ٩ .

ثم يقول : الا أن طريقة فقهاءنا في سرد الأحكام كانت كمسا
أثر عنهم تتمثل في سرد الأحكام على نحو يستبين فيها الحكم الفقهي
لكل مسألة على حدة ، لا على أساس نظريات عامة مصوفة ، أو مبادئ كلية
مقررة باستثناء القواعد الفقهية ، الا ان هذا المنهج لا يمنع من التوصل
الى صياغة نظريات فقهية مما يلاحظ القارى الفقيه من التزام المجتهدين
بأصول عامة ثابتة في أذهانهم ، وقد يصرحون بها في أثناء تعليلاتهم
للأحكام (١) .

٣٤٦ — وعلى هذا النحو يمكن للفقهاء المعاصرين ، بحث ما
يستجد من قضايا ومنها موضوع الضرر الأدبي ، ومدى امكان التعويض
عنه ، في شكل مبادئ عامة ، لتسهيل الأمر على طالب العلم ، وعلى
قاض يود اصدار الحكم القضائي في نزاع مالي أو جسدي أو أدبي ،
ولكى يعرف المرء سلفا حكم ما يقع منه من حوادث ، فتعلو كلمة الحق
والعدل ، وتجبر آثار الاعتداءات ، ويحافظ على الأنفس والأعراض ،
والشرف ، كما يحافظ على الكيانات المالية والمستحقات النقدية . (٢)

.. ومن هذا المنطلق ، نظر بعض الفقهاء المعاصرين ، في
موضوع المسؤولية عن الضرر الأدبي ، على ضوء مصادر التشريع الاسلامي ،
وأثار الصحابة ، وفقه قدامى الفقهاء في القضايا ، المشابهة للضرر
الأدبي في وقتنا المعاصر ، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في مدى
امكان التعويض عن الضرر الأدبي ، يمكن ارجاعها الى قولين :

٣٤٧ — أولهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصل قولهم ان الضرر
الأدبي كالضرر المالي ينطوي على اعتداء على حق ، ويمثل نفسوات
مصلحة للمعتدى عليه ويجب لذلك تقرير الضمان له ، ويقوم هذا الرأي

(١) المرجع السابق - ص ١٠ .

(٢) في هذا المعنى : المرجع السابق - نفس المكان .

على سند قوى من مصادر التشريع الاسلامي ، وأقوال الفقهاء على نحو ما سنرى (١) .

٣٤٨ - ثانيهما : لبعض الفقهاء ، وحاصل قولهم ان الضرر الأدبي لا يستاهل الضمان ولا يستوجب التعويض ، وان فسي الأحكام التي قررتها الشريعة الاسلامية ، لما يقع من الفعل الضار سواء كان على النفس أو العرض أو الشرف ما يكفي لجبر الضرر ورد الاعتداء ، ومن هذا الرأي الدكتور مصطفى الزرقا حيث يقول : " خلاصة القول أننا لا نرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الاضرار الأدبية بالتعويض المالي ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواج والتعزيرية ، ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرا غير ذي جدوى ، بل الأمر بالعكس ، فان قبول مبدأ التعويض المالي عن الاضرار الأدبية له محذور واضح ، هو ان مقدار التعويض اعتباطي محض ، لا ينضبط بضابط ، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض ، وهذا متعذر هنا ، وكثيرا ما نسمع

(١) من هذا الرأي : د . فوزي فيض الله - في رسالته السابقة - ص ١٤٤ : حيث يقول بعد أن سرد الحجج التي تقوى مما ذهب اليه : " هنا " على ذلك وفي زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر الفقهاء ، وبفرض الغرامة كما يعبر القانونيون في الاضرار الأدبية التي تمس شرف الآخرين وعقائدهم ، وكرامتهم امضى في العقاب ، بل يكون أمرا طرديا مع تسلط المادة وسيطرتها " ، ثم يقول : " ولعل من الأحسن أن يقال : ان في هذه الاضرار الأدبية يجتمع حقان : حق الله في نظافة المجتمع وطهارته ، وحق العبد في الكف عن ايذاء شعوره ، فليكن حق الله بالعقاب ، وليكن حق العبد بالتعويض ، وليتخذ منهما الحاكم الابلغ في الأثر . وراجع : د . وهبه الزحيلي : السابق ص ١٢ ، د . محمد حسين الشامي - السابق - ص ١٦٥ ، فقرة ٢٥٤ .

فتدهش في اخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاما بالملايين لقاء مزاوهم
أضرار أدبية في منتهى التفاهة (١) .

ومن أنصار هذا الرأي أيضا ، الشيخ علي الخفيف ، حيث يقسول
في كتابه الضمان في الفقه الاسلامي : " وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما
يدفع من المال عند التلف تعويضا عن المال المفقود ، ووجب أن يكون
التعويض في الضرر المالي الذي يتمثل في فقد مال لا في ضرر غير مالي ،
وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ، ولا في فقد مال كسان
موجودا ، إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين " (٢)

(١) الفعل الضار - ص ١٢٤ ، وله أقوال أخرى في الرد على أدلة
المجوزين سنعرض لها في حينها ، ومن هذا الرأي أيضا : محمد
فاروق العسكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي -
ص ٢٤١ ، و د . د . مقدم السيد - التعويض عن الضرر المعنوي في
المسئولية المدنية - دراسة مقارنة - ص ٧٧ - الطبعة الأولى
١٩٨٥ - دار الحداثة ببيروت ، د . محمد ابراهيم دسوقي -
تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٧٠ - مؤسسة الثقافة
الجامعية للطبع والنشر ، د . ابراهيم الدسوقي أبو الليل -
المسئولية المدنية بين الطلاق والتقييد - ص ١٤٧ - دار النهضة
العربية حيث يقول : " ويتقرر الضمان في الفقه الاسلامي عن
الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين بشرط أن يكون هذا
الضرر ماديا وليس أدبيا " ، د . سليمان محمد أحمد السابق -
ص ٢٢٠ ، حيث يقول : " ولا بد لوجوب الضمان أن يكون هناك
ضرر ، لأن التعويض لا يكون الا عن ضرر مالي واقع فعلا " ،
وصحى المحماني - النظرية العامة للموجبات والعقود -
ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ١٩٤٨ م .

(٢) الضمان في الفقه الاسلامي - للشيخ علي الخفيف - ص ٢١٣ ،
وقارن : د . وهبه الزحيلي - في كتابه نظرية الضمان - ص ٩٦ ،
حيث يقول : " وأما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة فير المؤكدة
(أي المستقبلية) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية ، فلا يعرض
عنها في أصل الحكم الفقهي ، لأن محل التعويض هو المال

٣٤٩ - اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي :

ويفهم مما كتبه أصحاب القول الثاني ، أنهم قد اتجهوا في هذا رأيتهم الى غايات يمكن ردها من خلال ما نقل عنهم الى اتجاهين :

٣٥٠ - الاتجاه الأول : يرى أن الشريعة الإسلامية لم تترك فعلا من الأفعال التي تستوجب الضمان الا وقررت له العقوبة الملائمة لسه والتي تليق بدرء آثاره وتلافى أخطاره ، ومسح آلامه من نفس المضرور ، يستوى في ذلك أن يكون الضمان حدا أو قصاصا أو تعزيرا ، وإذا تأملنا الأفعال الموجبة للضمان لوجدنا انها لا تخرج عما قرره الشريعة الإسلامية من أحكام تتعلق بضمانها ومنها هذا النوع من الضرر ، الذي يسمى بالضرر الأدبي ، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الزرقا : " لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للأضرار الأدبي وان حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبي ، انما هو التعزير الزاجر ، وليس التعويض المالي ، اذ لا تعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعرض بمال آخر اذا اعتدى عليه " (١) ، ثم يقول : " نحن

المحقق فعلا والمتقوم شرعا ، والضرر الأدبي غير متقوم شرعا ، لكن يمكن أن نجد مستندا لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص فيه عملا بمبدأ السياسة الشرعية لاحقاق الحق واقرار العدل . ودفع الجرح والمشقة " ، وراجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - ج ٦ - ص ١٦٨ - دار احيا التراث العربي لبنان ، وهو لا يرى التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي ، حيث ذكر انه يشترط في الضمان أن يكون مالا متقوما في ذاته وان توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه " ، د . سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - القسم الأول - ص ١٤٣ - طبع سنة ١٩٧١ م - معهد البحوث والدراسات العربية .

(١) د . مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ١٢٤ .

لا نرى مبررا لمعالجة الاضرار الأدبية بالتعويض العالى ما دامست الشريعة قد فتحت مجالا لقمعه بالزواج التعزيرية ، فالاضرار الأدبية التي تصيب الشخص في شعوره ومألفته ، لا تكون موجبة للضمان ، اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده ، مثل حد القذف ، أو التعزير في الاعتداءات التي لا حد لها " (١) .

٣٥١ — تقييم هذا الاتجاه :

وهذا الاتجاه وإن كان مبعثه الثقة في أحكام التشريع الاسلامي وقدرة ما حوته كتبه على حكم كل تصرف ، وضمان كل فعل ، بما لا يحتاج الى القول بتقرير ضمان جديد من الاضرار الأدبية ، وهذا باعث طيب وشعور حميد ، الا أنه لم يقدم لنا تأصيلا شرعيا لكثير من الأحكام الفقهية ، التي تقررت بصدد أمور لا يمكن تخريجها الا على أساس انها بمثابة التعويض من ضرر أدبي ، اذ ان سببها فعل ضار بغير المال ، والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبي فير العالى ، ومن أمثلة ذلك ما ذكره السرخسي في المبسوط : " عن الامام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر ، تجب فيها حكومة العدل بقدر ما لحق المجرع من الالم ، وحكومة العدل هي تقدير الخبراء " (٢) .

وما ذكره ابن قدامة في المغنى : " ان قطع حلمتي الشديين عند مالك والثوري تجب ديتهما أن ذهب اللين ، والا وجبت حكومة بقدر شينه (٣) ، أى بقدر العيب الجسدى الذى أصاب المرأة .

-
- (١) المرجع والمكان السابقان ، وله في نفس المعنى : المدخل الفقهي - رقم ٥٨٦ ، د . د . صبحي محصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة - ص ١٦٩ وما بعدها - طبعة ٢١٩٤٨ .
- (٢) السرخسي - المبسوط - ج ٢٦ - ص ٨١ ، وبدايع الصنائع للكاساني - ج ٢ - ص ٣١٦ وما بعدها .
- (٣) المغنى لابن قدامة - ج ٩ - ص ٦٢٣ ، وما بعدها ، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣ ، وفيها : ان الجارية اذا هزلت عند الغاصب يضمن نقضها .

وما ذكره الحصكفي في الدر المختار : " أنه لو ضربه أسواطاً ، ولم يكن لها أثر لا شيء " في ذلك ، أي ليس فيها أرش مالى ، أما العقوبة فواجبة حتماً (١) ، وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم (٢) وهو حكومة عدل .

ويقول الشيخ زكريا الأنصارى من فقهاء الشافعية : " لو جرحه وبهرى " ، ولم ينقص أصلاً أنه يعزر فقط ، الحاقاً للجرح باللطم والضرب للضرورة ، وقبل يفرض القاضى شيئاً باجتهاده ، ورجحه البلقينى (٣) . وقد ذكر الشيخ الشرقاوى في حاشيته أن القول بجواز التعزير بالمال هو قول الحنفية (٣) .

وقد جاء في رسائل ابن نجيم : " وفي الخلاصة سمعت من ثقه ان التعزير بأخذ المال ان رأى القاضى ذلك ، أو الوالى جائر ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة ، يجوز تعزيره بأخذ المال (٤) .

(١) وبهرى بعض الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم ان في اللطم والسوط والضرب باليد القصاص ، وهو المأثور عن الخلفاء وغيرهم من الصحابة والتابعين ، وهو نص أحمد وغيره من الفقهاء وبذلك جاءت سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، وقالت طائفة لا قصاص في ذلك ، وإنما فيه التعزير ، والقول بالقصاص هو الصواب ، راجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٢١ وما بعدها ، والدر المختار - ج ٥ - ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) الشيخ زكريا الأنصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمى عليه - ج ٤ - ص ١٦١ - المطبعة الأميرية ببولاق ، ونهاية المحتاج للرملي ، وقد جاء فيه : لو تألم بضربه (أى المضروب) ثم زال الألم أوجب القاضى فيه شيئاً باجتهاده .

(٣) حاشية الشرقاوى على التحرير - ج ٢ - ص ٤٤٨ .

(٤) مجموعة رسائل ابن نجيم - ملحقه بحاشية الحموى على الأشباه - الرسالة ١٣ في اقامة القاضى التعزير على المفسد من غير توقف على مدع - ص ٤٧ .

كما جاء في المنتزع المختار: " والحكومة على ما رآه الحاكم ولطمة العبد من سيده تعتقه " (١) .

٣٥٢ — أقول : هذه الأقوال وغيرها كثير يدل على أن تعويض الضرر الأدبي أمر واقع أدركه الفقهاء وعبروا عن معناه ، وإن كانوا لم يصيبوا المسمى ، ولعل الذين يعارضون في قيام التعويض عن الضرر الأدبي قد عبروا عن ذلك دون أن يدركوا أنهم يقررون هذا المعنى ، يقول الأستاذ الزرقا : " والأمثلة الفقهية جميعا التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شيء " ، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر ، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها (٢) ، فهو يسلم بجواز التعويض عنها ولكنه يسميها أضرارا مادية ، فكان رأيه قد هسنى على خلاف في لفظ لم يغير من الحكم عنده شيئا ، ثم إن أصحاب هذه الوجهة أيضا لم يقدموا ردا على ما استدل به أصحاب القسول الأول الذين يرون جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وهي أدلة من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته ، ويترجح لمن ينظر فيها ، أن يرى جواز ذلك على نحو ما سنرى .

(١) العلامة ابن مفتاح - المنتزع المختار من الفيت المدرار - ج ٢ - ص ٤٤٩ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠ هـ ، وراجع : البحر الزخار - ج ٥ - ص ٢٨٠ حيث يقول : " وفي الألم حكومة وفي الأيلام " ، ويقول في ص ٢٨٢ : " ولا شيء في قطع طرف الشعر إذ لا يؤثر في الجمال ، فإن أثره بأن أخذ النصف فما فوق ، فحكومة لما فيه من الزينة " . والأحكام السلطانية - للماوردي - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية - حيث يقول : " لا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب " ، وقال صاحب معين الحكام - الطرابلسي - ص ١٩٥ : " والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال " .

(٢) مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ١٢٣ .

٣٥٣ - الاتجاه الثاني : وهو ينطوى على سوء فهم واضح للتشريع الاسلامي ، وقصور بين في فهم أحكامه ، يدرك ذلك من مطالع ما كتبه أصحاب هذا الاتجاه تعليلاً لما انتهوا اليه من اقتناع بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي في التشريع الاسلامي ، حيث ذهب أحد هم الى القول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الاسلامية فكرة ضيقة ، فلم تعرف الشريعة الاسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي (١) ، وقال آخر : لقد قصر جمهور الفقهاء الضمان على الأضرار المادية المالية والجسمانية أما ما عداها من صور الأذى التي لا يفوت بها مال ، ولا يكون لها أثر بادي في الجسم فلا ضمان فيها (٢) .

٣٥٤ - تقييم هذا الاتجاه :

ويبدو من خلال النظر فيما عبر به أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم ، انه ينطوى على سوء فهم واضح لطبيعة التشريع الاسلامي ، وقصور في فهم أحكامه ، حيث أن أصحابه قد بنوا رأيهم على ما ذكره ابن قدامة في المغنى حيث يقول : " وان لطمه على وجهه ، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة (٣) " ، وبما ذكره بعض فقهاء الحنفية من انه : " لو ضرب رجل انساناً ضرباً موجعاً

(١) د . مقدم السيد - التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - ص ٧٧ .

(٢) د . محمد فاروق العكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي - ص ٢٤١ ، وربما يكون قد نقل هذا التعبير عن الدكتور السنهوري من مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ٦ - ص ١٦٨ .

وراجع : د . محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - نفس المكان السابق .

(٣) المغنى لابن قدامة - ج ٩ - ص ٦١٥ .

لا يضمن شيئاً (١) .

.. والواقع ان هذه النقول وردت في مواقعها من تلك المصادر في سياق الكلام عن الجنائيات التي فيها ارش مقدر، أما الجنائيات التي ليس لها ارش مقدر، فالقاعدة التي تحكمها : ان كل ما ليس له ارش مقدر نفية حكومة، يقول ابن قدامة : " وما لم يكن من الجراح توقيت، ولم يكن له نظير فيه ارش مقدر، فنفية حكومة (٢)، وقد جاء في الكافي : وان لم يحصل بالجنائية نقص في جمال، ولا نفع، مثل قطع اصبع زائدة أو قلع سن زائدة أو لحية امرأة فاندمل الموضع من غير نقص أو زاده جمالا وقيمة فنفية وجهان : أحدهما : لا يجب شيئاً، لأنه لم يحصل بفعله نقص، فلم يجب شيء كما لو لكم فلم يؤثر، والثاني : يجب ضمانه، لأنه جز من مضمون، فوجب ضمانه كغيره، فعلى هذا يقوم في أقرب أحواله الى الاندمال، لأنه لما سقط اعتباره بعد اندماله قوم في أقرب أحواله اليه كولد المغرور يقوم في أول حال يمكن فيها التقويم بعد العلوق . وهي عند الوضع، فان لم ينقص في تلك الحالة قوم حين جريان الدم، وان قلع سنا زائدة قوم وليس خلفها من أصلية، وان قلع لحية امرأة قومت كرجل لا لحية له، ثم يقوم وله لحية ويجب ما بينهما (٣)، فهل يفهم من قول ابن قدامة هذا انه لا يقول بعدم ضمان ما ليس فيه ارش مقدر، وهو الذي يفصل القول في كيفية ضمانه وتقديره الى هذا الحد ؟، إن هذا الا تقول على الرجل يتم من سوء فهم لما قال وقصور في ادراك ما ذكره الفقهاء .

(١) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٣١٦ وما بعدها، وقد جاء فيه : ان ذلك هو قول أبي حنيفة، أما أبو يوسف فقال : تجب حكومة عن الألم، وقال محمد تجب اجسرة الطبيب، وهذا يعني ان الضرر الذي ليس فيه ارش مقدر يجب ضمانه بالتعويض عنه .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ٩ - ص ٦٥٩ .

(٣) الكافي - لابن قدامة - ج ٤ - ص ٩٥ .

وقد ذكر الكاساني في البدائع : " الأصل ان ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس له ارش مقدر . ففيه الحكومة ، لأن الأصل فسي الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن ، ومعنى حكومة العدل تقدير القاضي (١) .

وبهذا يظهر أن أصحاب هذا الاتجاه قد كشفوا بتعليقهم لما ذهبوا اليه عن سوء فهمهم للتشريع الاسلامي وقصور نظرتهم لاحكامه ، وتعجلهم في رمي أحكامه بالضيق والقصور عن ضمان الضرر الأدبي (٢) ، والقول بعدم جوازها ، وهو قول مرجوح كما سنرى ، بقي أن نبيـن أدلة المجوزين والمانعين لضمان الضرر الأدبي مع المناقشة وبينان الرأي الراجح ، وذلك في بحثين على النحو التالي :

(١) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٢٣ ، وفي مشـل هذا المعنى : نهاية المحتاج للرملي - ج ٧ - ص ٣٤٦ ، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٣ ، ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٧٧ والشرح الكبير - للدردير - ج ٤ - ص ٣٧١ ، والقوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٣٥٤ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٤١٢ .

(٢) راجع : في هذا المعنى : د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ص ٥١٦ .

(المبحث الأول)

أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي

٣٥٥ — استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ،
بالسنة النبوية وأثار الصحابة ، والاجماع ، والمعقول ، كما يمكن أن
يستدل لهم من القرآن الكريم أيضا وذلك على النحو التالي :

أولا : أدلتهم من القرآن الكريم :

قال الله تعالى : " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به " (١) ،
وقال تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٢) ، وقال تعالى : " فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٣) .

٣٥٦ — وجه الدلالة في الآيات الكريمة :

ان الله تبارك وتعالى قد أوجب المماثلة في العقاب ، والمماثلة
في العقاب تعنى ان يفعل بالجاني مثل ما فعل من غير حيف أو
زيادة ، ذلك ما يقتضيه عدل الله وتحتّمه أحكام شرعه عقابا للمجرمين ،
وردها للمعتدين ، وتحقيق المماثلة في كل صور العقاب أمر غير وارد شرعا ،
ذلك ان المماثلة انما تشترط فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضات
المالية والقصاص والجروح ، ونحو ذلك مما يمكن مراعاة المثلية فيه ، أما
حين تبعد المماثلة (٤) ، فان بدلها هو الارش وحكومة العدل ، والا فان

(١) سورة النحل - آية ١٢٦ .

(٢) سورة الشورى - آية ٤٠ .

(٣) سورة البقرة - آية ١٩٤ .

(٤) تعذر المماثلة قد يكون لمانع شرعي ، كما لو قتل بهما لا يحصل

لعينه ، مثل ان لاط به فقتله أو جرحه خمرا أو سحره ، لم يقتل

بمثله اتفاقا ويعدل الى القتل بالسيف ، وقد يكون لمانع عادي ،

كما لو جرحه دون الموضحة أو ضربة جائفة مما لا يمكن ان تتحقق

فيه المماثلة ، راجع : المغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٦٨٨ .

جانب الردع سيختل ، وسيفلت عدد كبير من المجرمين من العقاب وهذا أمر غير مقصود شرعا ، اذ مقصود الشرع أن ينال الجاني عقابه ، ولهذا أوجب الشارع الدية وجعلها جبرا عن النفس مع أنها ليست من جنسه ، ولا من جنس أعضائه (١) ، تحقيقا لهذا المعنى ومن ثم كان ايجاب المماثلة في عقاب المجرمين الوارد في الآيات الكريمة غير مانع من ايجاب تقدير الأرش وحكومة العدل في حالة عدم امكان المماثلة ، لأنه سيصير بدلا عنها ، والبدل عن الواجب يكون له حكمه لثلا يقلت الفعل عن ضمان . ولهذا نظير في ضمان المال ، اذ حين لا تفيد المماثلة فيه يعدل عنها ، ومن أمثلة ذلك صور الاتلافات المالية نفسها ، اذ ليس من الحكمة اتلاف مال المتلف نظير ما اتلفه من مال المتلف عليه ، والا لتفاقم الضرر ، بل الحكمة تكون بأخذ مال المتلف واعطائه للمتلف عليه ، ومن غير المقبول أبدا أن تنس كرامة المسيء بمثل ما مست به كرامة غيره ، والا كان في ذلك اشاعة للفاحشة بين الناس وتشهيتا لمعناها في نفوسهم ، وانما المفيد عقاب المسيء بما يردعه ويهزجر غيره (٢) .

وفي هذا المعنى يقول الشيخ على الخفيف : لقد عرفنا ان ضمان المال الذي يدفع لمن أصابه ضرر في ماله ، انما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض ، وازالة ذلك الضرر ، يرد الى الأمر الى ما كان عليه قبل حدوثه ، وذلك لا يتحقق الا في الضرر المالي الذي يتمثل نفسي فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال ، يرد الأمر الى ما كان عليه قبل الفقد ، ولذا لم ير فقهاء الاسلام محلا للضمان المالي ، أو التعويض بالمال عن ضرر لا يرتفع بدفع المال ، وهذا في كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم ، ومن ثم لم يروا التعويض في الاضرار الأدبية ، ولا في الضرر يفقد الأمل في مال متوقع حدوثه ، اذ ليس في

(١) العز بن عبد السلام - قواعد الاحكام - ج ١ - ص ١٢٤ .

(٢) د . محمد فوزي فيض الله - المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٢ .

دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه وعلى ذلك ، فماذا يكسون
 وضع الديات والاروش ، بالنظر إلى هذا الأساس ، وليست إلا أمورا
 تدفع فيما لا يعد مالا ، أو فيما لا يقوم بالمال ، وذلك لعدم تقسيم
 نفوس الأحرار وأبدانهم ، وعدم اعتبارها من الأموال (١) ، وبنا على ذلك
 يقوم التساؤل من الأساس الذي بنى عليه الشارع الاسلامي شريعة
 الديات والاروش ، وفي تقديره الديات والاروش بخاصة اذا روعي ما يدل
 عليه قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
 عليكم " (٢) ، وقوله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفى وأصلح
 فأجره على الله " (٣) ، وقوله تعالى : " والذين كسبوا السيئات جزاء
 سيئة بمثلها " (٤) ، وما توجه هذه الآيات من التساوي بين السيئة
 وجزائها هو الأصل الذي بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله
 تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر
 بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى " (٥) ، وقوله تعالى : " وكتبنا
 عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين ، والانف بالانف ، والأذن
 بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص " (٦) ، وليس بين المال والنفس
 أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو (٧) .

ثم يقول : " الذي يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة
 القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء ، لا تصلح في
 جميع الأحوال ، لأنها انصلحت في بعض أحوال العمد ، لا تصلح في

-
- | | |
|-----|--|
| (١) | الضمان في الفقه الاسلامي - ج ٢ - الكفالة والديات - ص ١٥٩ ، |
| | وما بعدها - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣ م . |
| (٢) | سورة البقرة - آية ١٩٤ . |
| (٣) | سورة الشورى - آية ٤٠ . |
| (٤) | سورة يونس - آية ٢٧ . |
| (٥) | سورة البقرة - آية ١٧٨ . |
| (٦) | سورة المائدة - آية ٤٥ . |
| (٧) | الشيخ على الخفيف - المرجع - المرجع نفسه - ص ١٦٠ . |

بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم امكانها ، كما لا تصلح للسبب نفسه في أحوال الخطأ ، إذ لم يقصد الفاعل فيها أحداث ما وقع من الضرر ، وكان اعتباره ضرراً سماوياً أقرب من اعتباره ضرراً مستولاً عنه من حادثه ، ومن الظلم في هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره ، أو مثل ما صدر منه على غير ارادته واختباره (١) .

ومن أجل ذلك عدل في هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص ، غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجاني فيها من المسؤولية وكان ممن الواجب أن يمان دم الانسان من الهدر ، وإن يضمن الفاعل ما به تخف الآلام المجنى عليه أو ضرره ، ويذهب عنه بقدر الامكان فيض القلوب وحقد النفوس ، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف فسي تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور ، لما يؤدى اليه من أذى لدافعه ينقص ماله ، ومثاقفه لمن دفعه اليه بطيب منها عيشه ، ويجد فيها معونته على الحياة ومطالبها ، فكان ذلك أساس شرع الدييات والاروش فضلاً عما قد يترتب عليه من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى غيره (٢) .

ثانياً : أدلتهم من السنة النبوية :

١ - ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (٣) .

- (١) المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .
- (٢) المرجع نفسه - ص ١٦١ .
- (٣) رواه أحمد وابن ماجه ، وله من حديث أبي سعيد مثله ، وهو في الموطأ مرسل . راجع موطأ الامام مالك - ص ٦٣٨ ، وأخرجه ابن ماجه أيضاً والبيهقي من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه مالك عن عمر بن يحيى المازني عن أبيه مرسل بزيادة من ضار ضاره الله ، ومن شاق شاق الله عليه ، وأخرجه بها

٣٥٧ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النهي صلى الله عليه وسلم قد نفى الضرر والضرار، والضرر ضد النفع ، يقال ضربه يضره ضرا وضارا ، وأضر به يضره أضرارا ، ومعناه : لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه (١) . وقد قال بعض المحققين في بيان معنى الضرر والضرر : ان الضرار فعال من الضر ، أى لا يجازيه بأضراره ، بادخال الضر عليه ، فالضرا ابتداء الفعل ، والضرر هو الجزاء عليه ، ويبدو أن هذا القول مردود بقول الله تعالى : ولمن انتصر من بعد ظلمه (٢) ، وقوله عز من قائل : وجزاء سيئة سيئة مثلها (٣) ، ولذلك قيل : ان الضر هو ما تضربه صاحبك ، وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضربه من غير أن تنتفع ، وقيل : هما بمعنى واحد والتكرار فيهما للتأكيد (٤) .

وقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه اذا نفى ذاته ، دل على النهي عنه ، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل ، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل ، فاستعمل اللازم في الملزوم (٥) .

... وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا الا ما دل الشرع على اباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة . وذلك مثل اقامة الحدود وغيرها ، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة ، وقد جاء النفي السدى

الدارقطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد مرفوعا ، وأخرجه عبدالرازق وأحمد عن ابن عباس أيضا . راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ١١٨ ، مطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، ونيل الأوطار - للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٦٠ .

(١) سبل السلام للصنعاني - المكان السابق .

(٢) سورة الشورى - الآية ٤١ .

(٣) سورة الشورى - الآية ٤٠ .

(٤) سبل السلام - المكان السابق نفسه .

(٥) سبل السلام - المكان نفسه .

يفيد النهي والتحريم في الحديث عاما ، ليشمل تحريم كل صور الضرر وأنواعه (١) ، ولما كان الضرر الأدبي أحد أنواع الضرر المنهى عنه ، فإنه يدخل في نطاق التحريم الذي دل عليه هذا الحديث ، وإذا كان محرما كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التي تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها ، ويكون الحديث دالا ، ضمن ما يدل عليه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي لذلك (٢) .

٢ - وبما أخرجه الامام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " (٣) .

٣٥٨ - وجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النهي صلى الله عليه وسلم قد حرم على المسلم عرض أخيه المسلم ، والعرض هو موطن الشرف في الانسان أو ما به توام شرفه واعتباره ، مما يتعلق بكيانه الأدبي ، يدل على ذلك ما ذكره علماء اللغة من أن العرض هو جانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحسبه أن ينتقص أو يثلب ، وسواء كان في نفسه أو سلفه ، أو من يلزمه أمره ، أو موضع المدح والذم منه ، أو ما يفتخر به من حسب وشرف ، وقد يراد

- (١) في هذا المعنى : المرجع السابق - ص ١١٩ .
- (٢) وقد احتجت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني - ص ٣٠٠ ، للتعويض المالي عن الضرر الأدبي بأن السند نفسي هذا الباب حديث : " لا ضرر ولا ضرار " ، وهو نص عام ، فقصره على الضرر المادي دون الضرر الأدبي تخصيص بفسير مخصص وهو لا يجوز - مشار إليه بالفعل الضار - للاستناد مصطفى الزرقا - ص ١٢٥ .

- (٣) الحافظ المنذرى - مختصر صحيح مسلم - ج ٢ - ص ٢٣٣ رقم ١٧٧٥ - تحقيق الشيخ الألباني ، كما أخرجه أبو داود في سننه - ج ٢ - ص ٦٨٥ - الطبعة الأولى ١٣٧١ هـ - مصطفى الباني الحلبي .

به الآباء والاجداد والخلقة المحموده (١) .

وقد جاء تحريم العرض في الحديث الشريف معطوفا على أمرين لا يخالف فقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما اجمالا ، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه ، في الضمان ، وإذا كسان معنى العرض يغلب في جانب الحق الأدبي ، يكون الحديث دالا على جواز الضمان في حالة التعدي عليه (٢) .

٣ — وبما رواه أبو بكر نقيع بن الحارث رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قد خطب في الناس يوم النحر في حجة الوداع وقال : ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا* (٣) .

٣٥٩ — ووجه الدلالة في هذا الحديث :

انه قد دل على نفس المعنى الذى دل عليه الحديث السابق ، حيث جاء تحريم العرض معطوفا على تحريم النفس والمال ، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان ، ولما كان التعدي على العرض يغلب عليه جانب الضرر الأدبي ، يكون الحديث دالا على ضمانه .

(١) القاموس المحيط - ج ٢ - ص ٣٤٧ . ومنه فلان نقي العرض ، أى برى* من أن يشتم أو يعاب ، وقيل عرض الرجل : حسبه ، راجع : مختار الصحاح - ص ٤٢٦ .

(٢) راجع في هذا المعنى : مصطفى الزرقا - الفعل الضار ، حيث يقول : وفي هذا الحديث كذلك تقرير لاعتبار الاضرار الأدبي من المحرمات الكبيرة الاثم ، ويستفاد هذا من عد الشتم والقذف مثل التعدي على النفس والحقوق كسفك الدم وأكل المال وهذا يؤكد ان الضرر الأدبي يوجب تدهيرا زجريا يزيله ويمحو أثره ، ص ٢١ وما بعدها من المرجع المشار اليه .

(٣) متفق عليه ، راجع : رياض الصالحين - للنووى - ص ١١٢ ، وما بعدها .

٤ - وبما روى عن عائشة رضي الله عنها : ان النبي صلى الله عليه وسلم ، بعث أبا جهم جامعاً للصدقات فلاحاه رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : القصاص يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا يعني من المال ، فلم يرضوا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا فرضوا (١) .

٣٦٠ - ووجه الدلالة في هذا الحديث :

ان النبي صلى الله عليه وسلم قد قدر للفعل الضار الواقع من أبي جهم ضماناً مالياً ارتضاه الذين وقع الضرر عليهم ، وقد جاء هذا التقدير في شجة احدثت الما في نفس المشجوج وأهله ، ولو كان الواجب فيها الارش فقط دون التعويض لما حكم لهم النبي صلى الله عليه وسلم به ، بل ولألزمهم بالارش (٢) ، وتقدير النبي صلى الله عليه وسلم يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه ، وهما : التخريب الظاهري للوجه ، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور ، مضافاً الى ذلك ألم أهله عليه مما يكون معنى الضرر الأدبي فدل ذلك على جواز ضمانه .

٣٦١ - ثالثاً : أدلتهم من آثار الصحابة :

وأما أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، فكثيرة ومتعددة ويمكن أن نكتفي منها بما يدل على المطلوب ، وذلك على النحو التالي :

(١) الحديث أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ، راجع : سنن أبي داود - ج ٤ - ص ١٨١ ، حديث رقم ٤٥٣٤ .

(٢) راجع في هذا المعنى : ابن القيم في اعلام الموقعين - ج ١ - ص ٣٢٠ وما بعدها ، مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد - دار الجيل - بيروت ١٩٧٣ م .

١ - روى ابن حزم : ان حلاقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزع عمر فضرط الرجل من الفزع ، فقال عمر رضى الله عنه : أما انا لم نرد هذا ، (أى لم يقصد افزع الرجل) ولكننا سنعقلها ، فأعطاه أربعين درهما (١) .

ووجه الدلالة في هذا الأثر : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، قد قام بضمان الخوف الذى تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعته وظهرت علامات الفزع عليه ، وما كان لمثل عمر رضى الله عنه أن يضمن الخوف والفزع ، وهما من مكونات الضرر الأدبى ، لولا ان لهذا الضمان أساسا شرعيا يقوم عليه ، ويستمد جوازه منه ، فدل هذا الأثر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى .

وقد روى هذا الأثر في كنز العمال برواية أخرى عن عكرمة : ان حجاما كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحنج عمر ، فأحدث الحجام فأمر له بأربعين درهما (٢) .

٢ - وبما روى أن عمر بعث الى امرأة مغيبة (٣) ، كان رجل يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فبينما هى في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ، ثم مات ، فاستشار عمر ، أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء ، انما أنت وال مؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال :

(١) ابن حزم - المحلى - ج ١٠ - ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبد الرزاق ، وراجع : د . ربيع الرحبلى - فقه عمر بسنن الخطاب موازنا بفقهاء أشهر المجتهدين - ج ٣ - ص ٢٣٢ مركز البحث العلمى في جامعة أم القرى بمكة المكرمة - طبع دار الغرب الاسلامى ببيروت سنة ١٤٠٣ هـ .

(٢) علاء الدين على المتقى بن حسام الدين - كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - ج ١٤ - ص ٢١١ رقم ٤٢٥ (في فضائل الفاروق) .

(٣) كان زوجها غائبا في سفر ونحوه ، يقابل المغيبة : المشهد : وهى التى زوجها شاهد حاضر .

ما تقول يا أبا الحسن ؟ ، فقال : ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوها لك ، ان ديتك عليهم لأنك أنزعتها فآلقتك ، فقال عمر : أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قولك (١) ، يقول الشيرازي : فأمر عمر عليا أن يقسم عقله على قریش ، أي أن يقسم دية الجنين على عاقله عمر وهي قریش (٢) .

٣٦٢ — روجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عمر رضي الله عنه قد استشار أصحابه في ضمان انفراج المرأة على نحو أدى الى اجهاضها فرأى بعضهم عدم الضمان لفعل عمر ، تأسيسا على أنه يتوافق بالنسبة له سبب الاباحة ، حيث ان له ولايسة الثبوت والتأديب على رعيته ، لكن عليا رأى الضمان لأنه هو المتسبب في الخوف والانفراج وما تسلسل عنهما من اجهاض المرأة ، وقد لقي رأى أبي الحسن استحسانا من عمر رضي الله عنهما فأقره ، وعمل به ، وقرر ضمان الجنين الذي سقط بسبب من قبله وهو الانفراج والخوف الذي يعد من قبل الضرر الأدنى غير العالي وضمانه في هذا الأثر

(١) ارواء الغليل للألباني - ج ٧ - ص ٣٠١ ، حيث يقول : لم أراه ، ولا يلزم من عدم رؤية الألباني للآثر أن يكون ضعيفا في ذاته ، راجع : مسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥ .

(٢) الشيرازي - المذهب - ج ٢ - ص ١٩٢ . وقد أخرجه البيهقي عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر ، ورواه عبد الرزاق عن معمر ، ورواه الشافعي بلاغا عن عمر مختصرا ، راجع : سنن البيهقي - ج ٨ - ص ٣٢٢ ، ومسند عمر بن الخطاب لابن كثير - ص ٢١٥ ، حيث قال ابن كثير : انه مشهور متداول ، وتكملة المجموع للطهري - ج ١٧ - ص ٣٧٤ . راجع في كتب الفقه : مغنى المحتاج ج ٤ - ص ٣ ، والمغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٨١ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٦ - ص ٩٧ وما بعدها ، والأحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٢٢ ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٣٦ .

يدل على الجواز (١) .

٣ — أخرج البيهقي في السنن الكبرى أن عمر وعثمان رضي الله عنهما كانا يعاقبان على الهجاء (٢) .

والعقاب على الهجاء يقتضى أن يكون السب والقذف وغيرهما من الأضرار التي تنال من شرف الانسان واعتباره محل ضمان ، ولو لم تكن كذلك ما قام صحابييان جليلان مثل عمر وعثمان رضي الله عنهما بضمانها .

٤ — وأخرج البيهقي أن عليا رضي الله عنه ، قال في الرجل يقول للرجل: يا خبيث ، يا فاسق ، قال ليس عليه حد معلوم ، يعزره الوالى بما رأى (٣) .

٥ — وروى عبدالرزاق أن عمر بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل : يا منافق ، فشكاه الى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر الى عمرو : ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة ، فشهد الناس واستترف عمر ، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه (٤) ، وفي رواية أن عمر قال لعمرو : اكذب نفسك على المنبر ففعل (٥)

وقد دلت هذه الآثار على أن الفعل الضار ضررا أدبيا مضمون على فاعله ، يدل على ذلك قول على فيما أخرجه البيهقي لمن قال لرجل

(١) د . محمد حسين الشامي - المرجع السابق - ص ٥٢٠ ، حيث يقول :

" يستدل من هذا ان الضرر الأدبي هو السبب في التعويض لأمرين . أولهما : انه لم يحدث أى أذى مادي حتى يقال ان هناك مباشرة ، والثاني : ان التسبب ليس هو السبب المباشر في ايجاب التعويض لان من حق عمر المحافظة على النظام والاستجواب للتهمة ، وانما الذى حصل هو الفزع النفسى الذى يسببه القتل جنينها فكان الضمان بسبب الافزاع وهو ضرر أدبي .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي - ج ٢ - ص ٢٥١ .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

(٤) كنز العمال - ج ٣ - ص ١٢٠ ، وراجع : د . ربيع الرحيلي -

نقه عمر - السابق - ج ١ - ص ٣٤٥ .
(٥) كنز العمال - المكان السابق .

يا خبيث يا فاسق : يعززه الوالى بما يرى ، كما يدل على ذلك أيضا فعل عمر مع عمر مع عمرو بن العاص رضى الله عنهما ، حيث حكم بضمان الفعل الذى أخل بحق الرجل الأدبى من خلال وصفه بالنفاق ، صحيح ان الضمان قد اتخذ شكل التعويض العينى ، أى تكذيب ما نسبته اليه ، كما تواترت بذلك بعض الروايات ، أو ان عمر قد قرر عقابا مقداره سبعون جلده ، وهذا لا يمنع من القول بتقرر الضمان عن الضرر الأدبى .

٣٦٣ — وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقا تعليقا على الأثرين الواردين عن عمر وعلى رضى الله عنهما : وأول ما نستنتج من النصوص الواردة ان الخلفاء الراشدين عاقبوا على الاضرار الأدبى ، لكن بغير طريق التعويض المالى (١) ، والنتيجة الثانية : ان مدى المسئولية عن الاضرار الأدبى ، تعود الى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعى الذى عينت فيه الشريعة عقوبة محددة ، كما يمكن ان يقال ان تكذيب النفس علنا يمكن أن يعد في بعض الأحوال ازالة عينية للضرر (٢) .

٦ — وقد حدث محمد بن كثير عن الأوزاعي ، عن ابن حرملة ، قال : تلاهى رجلان فقال احدهما لم اخنقك حتى أحدثت؟، فقال: بلى ، ولكن لم يكن لى عليك شهود ، ثم أشار الى الحاضرين ، وقال لهم : اشهدوا على ما قال ، ثم رفع أمره الى عمر بن عبدالعزيز فأرسل في ذلك الى سعيد بن السيب ، فقال : يخنقه كما خنقه حتى يحدث ، أو يفتدى منه فأفتدى منه بأربعين بعيرا (٣) .

وهذا الأثر يفيد جواز التعويض عن الضرر الأدبى بالمال ، والا فلو كان تعويض الضرر الأدبى بالمال غير جائز لما وجب الفداء في الحكم بالمال ، حيث ان الضرر لم يترك أى أثر مادى في الجسم ، وقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال : يجب في الجراحات التي تندمل على وجه

(١) د . مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ٥٣ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٥٤ .

(٣) اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ١ - ص ٢١٩ .

لا يبقى أثرًا حكومة بقدر ما لحق المصاب من الألم (١) ، وقد جاء في
الأحكام السلطانية : " ولو تعلق بالتعزير حق لآدمي ، كالتعزير في
الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب ، وحق السلطنة للتقويم
والتهذيب ، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو
المضروب ، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب (٢) .

٣٦٤ — رابعا : دليلهم من الاجماع :

وللقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال دليل من
الاجماع حكاه ابن قدامة في المغني : في حكم قضى به عثمان رضي الله
عنه ، وذلك في قضية رجل ضرب آخر حتى احدث ، فقضى عثمان عليه
بثلث الدية ، خلافا للقياس الذي يقضى بأن الدية لا تجب الا لاتلاف
منفعة أو عضو أو ازالة جمال ، وليس في القضية المحكوم فيها شيء
من ذلك ، وإنما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان رضي
الله عنه ، لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا (٣) .
ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء
كان الحديث ريبا أو غائطا أو بولا وكذلك الحكم فيما اذا أفزعه حتى
احدث (٤) .

ووجه الشاهد فيما ذكره ابن قدامة : ان حكم عثمان بالتعويض
قد ورد في تلك القضية بسبب ضرر لا يخرج توصيفه عن كونه ضررا أدبيا ،
وهذا الحكم كان في مظنة الشهرة ، ولم يرد ما يخالفه ، فيكون اجماعا
عليه ، اذ أن هذا الحكم من عثمان رضي الله عنه يدل على أنه توقيف ،
ثم قاس ابن قدامة على الحكم كل فرع الأمر الذي يمكن معه القسولان
التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي أمر جائز .

- | | |
|-----|--|
| (١) | المبسوط - للسرخسي - ج ٢١ - ص ٨١ . |
| (٢) | الأحكام السلطانية - للماوردي - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية . |
| (٣) | المغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٨٣٥ . |
| (٤) | المرجع والمكان السابقان . |

٣٦٥ - خاصا - دليلهم من المعقول :

كما أن للقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي دليلا من المعقول ، ذلك ان الضرر الأدبي ، لا يقل أثرا في النفس من ناحية تحقيق الألم الذي يبعثه عن الضرر المالي ، بل ان الضرر المالي قد يكون أهون من الضرر الأدبي ، وإذا كان التعويض عن الضرر مطلقا مبعثه تخفيف حدة الألم في نفس المضرور بإزالة آثار الضرر عنه ، ومحو بقاياها من نفسه ، فإنه لا يستساع - وأمر التعويض كذلك - أن يكون قصرا على الضرر المادي دون الأدبي ، الأمر الذي يجعل التعويض عن الضرر الأدبي ، أمرا يحتتمه النظر السليم والقياس الراجح والعقل الرشيد ، خاصة إذا كان هذا النظر معضدا بما سبق من أدلة على جوازه من الكتاب والسنة والاجماع وآثار الصحابة كما رأينا ، كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي سوف يفتح الباب للتعدى على أعراض الناس ، وسوف يشجع المعتدين على ولج هذا الباب ، ومن ثم يكون تقرير التعويض عنه بالمال زاجرا للمعتدين ورادعا لهم ، كما سيكون ذلك ذريعة لحفظ أعراض الناس ومنع التناول عليهم (١) .

..

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ص ٣٠٠ ، حيث ذكرت من ضمن الحجج التي يستند إليها جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي : أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم ، مشار إليها - في الفعل الضار - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص ١٢٥ :

(البحث الثاني)

أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي

وللقائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال أدلة يمكن ردها الى عدة أمور :

٣٦٦ - أولها : ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، تعزير بالمال والتعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة (١)، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيما يكونه بغير حق ، وتسدد نسخ التعزير بأخذ المال (٢) .

٣٦٧ - ثانيها : ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوى هذا التقرير على اضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقتدرة شرعا ، تحت مسمى الضرر الأدبي ، بينما الشريعة قد حسمت هذا الأمر ، وحددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لا يدع مجالا لاضافة أو تغيير ، ان النص على تقدير تعويض عن الضرر الأدبي ، سوف يفتح الباب أمام القاضى على

(١) راجع : بدائع الصنائع - للكاظمي - ج ٢ - ص ٦٣ ، حاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٣ - ص ١٩٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٥٤ ، وحاشية الشرقاوى على التحرير - ج ٢ - ص ٤٤٨ . حيث يقول : ولا يجوز التعزير بالمال خلافا للحنفية ، والمغني لابن قدامة ج ٨ - ص ٣٢٦ حيث يقول : " والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيء منه ، ولا جرحه ، ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف .

(٢) حاشية ابن عابد بن علي الدر المختار - ج ٤ - ص ٦١ ، وراجع في عدم جواز التعزير بأخذ المال مطلقا ، د . محمد سعيد رمضان البوطي - محاضرات في الفقه المقارن - ص ١٠٠ وما بعدها - دار الفكر بيروت .

مصراميه للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم زيادة على الدية ، يؤدي إلى الأقارب لتعويضهم عما يستشعرون من ألم بسبب موت المضرور ، ولهذا العلة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض لا للأقارب فحسب ، بل وكذلك للأزواج مراعى ظروف العائلة ، في تعيين احظ أفرادها من الحزن والفجيعة من لا يقتصر أمرهم على رغبة الافادة ماليا مما كانوا يكونون للمتوفى من مواطن الحب والولا . وفي هذا مسمع المخالفة السابقة ، مخالفة لاحقة ، حيث سيؤدي ذلك إلى مخالفة أحكام الارث الشرعية ، حين يترك الأمر للقاضي ليوزع التعويض على احظ أفراد الأسرة من الحزن والفجيعة (١) ، وذلك على نحو ما ورد في المادتين ٢٧٣ ، ٢٧٤ من التقنين المدني الأردني ، حيث تنص المادة ٢٧٣ مدني أردني على ما يأتي : " ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني ، للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون " ، وتنص المادة ٢٧٤ مدني أردني على أنه : " رفا عما ورد في المادة السابقة كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو اذى يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين ، أو لمن كان يعولهم وحرما من ذلك بسبب الفعل الضار " .

.. وعلى ضوء ما تقضى به المادة ٢٧٤ مدني أردني يكون هناك أمر زائد على ما قرره أحكام الشريعة دون سند شرعي ، واستناد إلى تبرير متكلف ، فريب من منهاج الشريعة ومباني أحكامها (٢) .

٣٦٨ - ثالثها : ان الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية ، هو من الأمور الاعتبارية اعتبارا محضا ، وذلك كالشرف والسمعة ، ومن ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال والأولى به أن يخضع لقواعد التعزير الشرعي .

(١) راجع في سرد هذه الأدلة : الاستاذ مصطفى الزرقا - السابق - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢) مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٧ .

٣٦٩ — المناقشة والترجيح :

هذه هي أدلة الفقهاء في مدى مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال أثرت أن أذكرها كما وردت عنهم ، مع الاستدلال لكل قول بما يمكن أن يستدل له من أدلة الشريعة ، ولكن يبقى مع ذلك أن نورد المناقشات الواردة على أدلة كل قول ، والتي يمكن إيرادها عليها ، وذلك قصدا لاستجلاء الرأي الراجح في المسألة .

٣٧٠ — مناقشة أدلة القول الأول :

وقد وردت على أدلة القول الأول مناقشات عديدة يمكن إجمالها فيما يلي :

أولا : الأمثلة الفقهية التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شيء ، فالألم والشين ، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها أضرار مادية ، لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها ، ولا تصلح للاحتجاج شرعا على التعويض المالي عن الضرر الأدبي (١) . على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه ، وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية ومن ذلك إيقاع الألم بالضرب أو اللطم ولولم يترك أثرا ، وكذلك نقص جمال عضو من الأعضاء (٢) .

٣٧١ — رد هذه المناقشة :

ويرد على هذه المناقشة أمران :

الأول : إذا كان الألم والشين وفوات الزينة وغيرها تستأهل التعويض ، كما ورد في المناقشة ، يكون في هذا تسليم بأنها يجوز أن يرد عليها التعويض بالمال ، وذلك هو المقصود ، أما وصفها بأنها

(١) د . مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٣ .

(٢) المرجع والمكان نفسه .

اضرار مالية ، وليست أضرارا أدبية ، فذلك لن يغير من الحكم شيئا ، وهي عند الفقهاء تعتبر من قبيل الأضرار الأدبية .

الثاني : القول بأن كل ما ورد بمصدد الاستدلال على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، بأنه ليس من الضرر الأدبي ، لا يستقيم مع الأمثلة التي ضربها القائلون بالجواز مدعومة بالأدلة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وآثار صحابته ، كما ورد عن عمر وعثمان وعلى وعمر بن عبد العزيز ، وقد وردت تلك الأمثلة بخصوص اضرار لا يمكن اعتبارها من قبيل المال الذي يجوز الاعتياض عنه ، ومع ذلك فقد قرر الفقهاء جواز التعويض عنها بالمال (١) ، رغم ان الوصف الغالب عليها انها اضرار أدبية بالمعنى الذي يراه الفقهاء .

ثانيا : لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للأضرار الأدبي وأن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبي ، انما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي ، إذ لا تعد الشريعة شرف الانسان وسمعته مالا متقوما يعوض به مال آخر اذا اعتدى عليه (٢) .

٣٧٢ - وهذه المناقشة أيضا يرد عليها أمور :

الأول : أن القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، لا ينازعون في الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الأضرار ذات الصبغة الأدبية مثل حد القذف وغيره من العقوبات التي يغلب عليها جانب حق العبد والتي قررها الشارع حفظا لشرفه واعتباره ، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق ، اما جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، فانه وارد في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب ، وأقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال حسبما وردت ،

(١) راجع أدلة القول الأول .

(٢) د . مصطفى الزرقا - المرجع نفسه - ص ١٢٤ .

بعيدة عن هذا النطاق ، لأنها تدخل في إطار السلطة التقديرية
الممنوحة للحاكم كاجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه ،
وهذا لا يكون الا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد
حكما واجب الاتباع .

الثاني : أما قول المانعين : ان شرف الانسان وسمعته
ليست مالا متقوما يعوض به مال آخر اذا اعتدى عليه ، فانه محل نظر ،
ذلك ان شرف الانسان وسمعته يمثلان حقا من اسمى حقوق الانسان
وأعظمها خطرا في حياته ، والألم الذي يصيب الانسان بسبب التعدي
على شرفه وسمعته واعتباره - حتى في الحالات التي لا ينطوي فيها هذا
التعدي على ساس بالحقوق المالية له - قد يكون أقوى من الألم الذي
يصيبه بسبب ضرر مالي ، ومن ثم كان استئثار الأخير بالتعويض
المالي ، واخراج الضرر الأدبي من دائرته ، أمرا غير ذي معنى .

.. ثم ان الغرض من التعويض ليس احداث تقابل بين قيم
مالية مفقودة من جراء الضرر ، واحلال مال آخر محلها ، وانما الغرض من
التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور ، وتخفيف ألمه من نفسه ، وهذا
المعنى موجود في الضرر الأدبي بقدر ما هو موجود في الضرر المادي .

الثالث : كما أن القول بأن ما يقع من ضرر أدبي يمكن ان
يجابه بالتعزير ، قسود يكون حجة على المانعين لا لهم ، الا اذا كانوا
يرون رأى من لا يجيز التعزير بأخذ المال وهو رأى مرجوح كما سنرى ،
لكننا اذا سلمنا بأن التعزير هو طريق مجابهة الضرر الأدبي ، فان مسن
التعزير تغريم المال كما ذهب الى ذلك كثير من الفقهاء ، ويكون ضمان
الضرر الأدبي بالمال داخلا ضمن ما يقررونه وما يتمسكون به .

ثالثا : قال المانعون لمشروعية تعويض الضرر الأدبي
بالمال : إننا لو سلمنا بأن التعويض من الضرر الأدبي جائز بالمال ،
لوجب أن يذهب المال الى خزانة الدولة لا الى جيب المضرور ، وهذا
لا يقولون به ، وليس هو مرادهم (١) .

(١) د . مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٢٥ .

٣٧٣ — رد هذه المناقشة :

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الهدف من التعويض هو تحقيق المماثلة بين التعويض والضرر ولما كان ذلك غير ممكن في إطار التعويض عن الضرر الأدبي ، فإن الهدف يصبح هو مواساة المضرور ، اقتداءً بما رسمه الشارع في البدية والأرض ، ومن ثم يكون ذهاب المال إليه أولى دفعا للنزاع وقطعا لدابر الشر من النفوس ، ثم إن المهم في موضوعنا هو جواز تغريم المسئول عن ضرر أدبي ، فإذا سلمنا بذلك يكون توجيهه المال المدفوع مسألة أخرى ، تخضع لنظر الحاكم وما يطلبه الغرض السائد ، أما نفيتهم لمراد القائلين بالمشروعية فهم لا يملكونه ، لأن القصد لا يعلمه إلا الله ، ومن ثم كان نفيتهم له نفيا لأمر لا يعلمونه فيكون باطلا لا اعتبار له .

٣٧٤ — مناقشة أدلة المانع لجواز التعويض من الضرر

الأدبي بالمال :

كما أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال لا تسلم هي الأخرى من المناقشات ، حيث يمكن أن ترد عليها المناقشات التالية :

أولا : أن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، تعزير بالمال غير جائز عند الأئمة ، يرد عليه : أن الذين قالوا بتحريمه استدلوا بقول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه " (٢) ، وقالوا : إن التعزير بأخذ المال مطلقا أكل لأموال الناس بالباطل ، منهي عنه بنص الآية الكريمة ، وأخذ للمال من المسئول عن غير طيب نفس منه ،

(١) سورة النساء - آية ٢٩ .

(٢) رواه البيهقي بطرق متعددة ، راجع السنن الكبرى - ج ٦ - ص ٩٧ .

وهو غير جائز كما أرشد حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو هذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من الفقهاء من أن التعزير بأخذ المال جائز (١) ، وقد أثبت ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن التعزير

(١) يرى أبو يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز إن كان في أخذه مصلحة ، راجع : حاشية ابن عابد بن - ج ٣ - ص ١٨٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٣ - ص ٢٠٨ ، وذكر ابن البزاز في فتاواه : أن التعزير بأخذ المال جائز دون نسبة ذلك إلى قول أبي يوسف ، الفتاوى البزازية - لابن البزاز الكردي - ج ٢ - ص ٤٥٧ ، طبعة ١٣٠٨ بأوروبا ، وعند الشافعي في قول يجوز التعزير بأخذ المال ، الحسبة في الإسلام - ص ٤٠ ، وحاشية الشبراوي على شرح المنهاج - ج ٢ - ص ١٧٤ ، وفيها : " ولا يجوز على الجديد بأخذ المال " كما أنه جائز في قول مشهور في مذهب الإمام مالك ، راجع : الحسبة في الإسلام - المكان نفسه ، تبصرة الأحكام لابن فرحون - على هامش فتح الخلفى للمالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك - ج ٢ - ص ٣٦٧ وما بعدها ، حيث ذكر كسر أمثلة عديدة للعقوبات المالية ، وقد جاء فيه : " والتعزير بالمال قال به المالكية ، كما أنه في مذهب أحمد مشروع باتفاق نسبي مواضع وباختلاف في مواضع أخرى ، الحسبة - نفس المكان ، وراجع : كشف القناع - ج ٤ - ص ٧٤ وما بعدها حيث يقول : " والتعزير بالمال شائع إطلاقاً واحداً ، وقول البيهقي : لا يجوز أخذ ماله إشارة إلى ما يفعله الحكام الظلمة ، وراجع في مشروعية التعزير بالمال ، حاشية الخليلي على تبيين الحقائق للزيلعي - ج ٢ - ص ٢٠٨ ، والوصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب للإمام مجد الدين أبي الفتح الحنفى المعروف بالاستروشنى المتوفى سنة ٦٣٢ هـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع بمكتبة بختيست بالأزهر رقم ٤٦١٠٣ ص ٧ وما بعدها ، ومحمد بن عابد بن الأنصارى الخزرجى السندى ثم اليمنى المتوفى سنة ١٢٥٧ هـ ، شرح على الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ بمكتبة الرافعي بالأزهر - ج ٦ ورقة ٦٠٤ وما بعدها ، والشيخ أحمد فهمى أبوسنة ، العرف والعادة عند الفقهاء - ص ١٩١ - مطبعة الأزهر ، والدكتور عبدالعزيز عامر - التعزير في الشريعة

بالعقوبات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك فسي المشهور عنه ، ومذهب أحمد وأحد قولي الشافعي ، كما دلت عليه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنه أخذه شطر مال مانع الزكاة ، كما جاء في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " في كل سائمة اهل في أربعين بنت لبون لا تفرق اهل عن حسابها ، من اعطاها مؤتجرا بهسا فله أجرها ، ومن منعها فانا أخذوها ، وشرط ماله ، عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء " (١) ، حيث دل هذا الحديث على جواز العقوبة بالمال (٢) ، ومنه تحريق عمرو على رضي الله عنهما المكان

الاسلامية ، الطبعة الخامسة ١٩٧٦ ، فقرة ٣٤١ وما بعدها - دار الفكر العربي ، ونيل الأوطار للشوكاني - ج ٤ - ص ١٣٨ ، وما بعدها ، وقد جاء في معين الحكام - للامام علاء الدين ابن أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ م ، ص ١٩٥ : " مسألة : يجوز التعزير بأخذ المال ، وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك ، ومن قال ان العقوبة المالية منسوخة فقد فلت نقلا واستدلالا ، وليس يسهل دعوى نسخها " ، وقد جاء في الطرق الحكيمة . . لابن قيم الجوزية - تحقيق د . محمد جميل فاذي - ص ٣٨٦ : " وأما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضا في مواضع مخصوصة فسي مذهب مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي ، وقد جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بذلك " .

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وصححه الحاكم ، وعلّق الشافعي رضي الله عنه القول به على ثبوته ، راجع : سبيل السلام للصنعاني - ج ٢ - ص ٢٤٣ - طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) سبيل السلام للصنعاني - ج ٢ - ص ٢٤٥ ، وقارن ما ذهب اليه د . محمد سعيد البوطي - السابق - ص ١٥٦ وما بعدها .

الذى يباع فيه الخمر ونحو هذا كثير يدل على التعزير بأخذ المال
أمر جائز (١) .

٣٧٥ — وقد قرر ذلك الفقهاء الذين احتج المانعون بأقوالهم ،
يقول ابن قاسم في حاشيته على الروض المربع تعليقا على قول المصنف : (٢)
وتحريم تعزير بحلق لحية ، وقطع طرف أو جرح أو أخذ مال أو اتلافه
: قالوا : لأن الشرع لم يرد بشي من ذلك عن يقتدى به ، وقال
الشيخ وابن القيم وغيرهما : يجوز بأخذ مال أو اتلافه ، فالتعزير
بالعقوبات المالية مشروع في مواضع منصوصه : كسلب الذى يصطاد في
حرم المدينة لمن وجدته ، وكسر دنان الخمر وشق ظروفه ، وهدم مسجد
الضرار ، وتضعيف الغرم على من سرق من غير حرز وحرمان القاتل سلبه
لما اعتدى على الأمير ، وتحريق المكان الذى يباع فيه الخمر وتحريق
قصر ابن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية ، وارقة اللبن المفشوش
ونظائرها (٣) .

٣٧٦ — وأما دهمى نسخ العقوبات المالية ، فلم يروى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، وإن أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة
بذلك بعد موته لدليل على أن ذلك لم ينسخ ، ومدعى النسخ ليس معه
حجة شرعية من كتاب ولا سنة ، والتعزير بالمال جائز على أصل أحمد لأنه
لم يختلف أصحابه أن العقوبات في المال غير منسوخة كلها ، وأما قول

(١) الحسبة في الاسلام - لابن تيمية - ص ٤٩ ، وأعلام الموقعين له -
ج ٢ - ص ٩٨ ، والطرق الحكيمة - لابن القيم - ص ٢٢٦ وما
بعدها ، وراجع : د . عبدالعزيز عامر - في رسالته : التعزير
في الشريعة الإسلامية - ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) الشيخ منصور البهوتي - في الروض المربع - مطبوع مع حاشية
ابن قاسم - ج ٧ - ص ٣٥٠ .

(٣) حاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٥٠ .

أبي محمد المقدسي : ولا يجوز أخذ ماله : أي المعزير ، فإشارة منه الى ما كان يفعله الولاة الظلمة (١) ، وقد قال صاحب معين الحكماء والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال . (٢) .

ويقول ابن قدامة في المغني : " والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب اذا رأى الامام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم انه لا ينزجر الا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد " (٣) .

وأما ما قيل من المنقول عن المذهب الحنفي رواية ضعيفة قال بها أبو يوسف ولا تجوز الفتوى بها (٤) ، فردود بأن ضعف الرواية قد تقوى بما نقل من عمل الصحابة ، وتأيد بفتوى المتأخرين من الحنفية وغيرهم ، وأخذ ابن القيم به ، وقد نص الفقهاء على أن العمل بالقول الضعيف في المذهب يجوز اذا نص الحاكم على ذلك ، وقراره يرفع النزاع (٥) ، كما يجوز العمل بالضعيف في مواطن الضرورة ، وهذا الي أن القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة من مصالح الأمة لا يبقى ضعيفا ، بل يصير راجعا " (٦) .

(١) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : الطرق الحكمية - لابن القيم - ص ٢٦٦ - دار الكتب العلمية ، والأحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٦٨ - المكتبة التوفيقية .

(٢) الطرابلسي - معين الحكماء - ص ١٩٥ ، والحسبة لابن تيمية - المكان السابق ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٣ - ص ٢٧٥ .

(٣) المغني لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣١٦ .

(٤) ابن عابدين - المرجع نفسه .

(٥) راجع في هذا المعنى : د . محمد فوزي فيض الله - المسئولية التصيرية بين الشريعة والقانون - السابق - ص ١٤١ .

(٦) الشيخ محمد مصطفى المرافي - بحوث في التشريع الاسلامي ، مطبعة سنة ١٩٢٧ م / ١٣٤٦ هـ - ص ٢٩ .

٣٧٧ — خلاصة هذه الدراسة :

ان التعزير بأخذ المال جائز ، وإذا كان الذين قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال قد بنوا رأيهم هذا على عدم جواز التعزير بالمال يكون مردودا بما سبق ، ويكون بناء على ذلك أمرا جائزا .

٣٧٨ — ثانيا : واما ما استدلوا به ثانيا من أن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة حيث ينطوى هذا التقرير على إضافة أمر زائد على ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا تحت مسمى الضرر الأدبي ، بما سيؤدي اليه ذلك من اعتباط في تقدير التعويض من القضاة وتوزيعه على غير مقتضى أحكام الميراث وبناء على ما نال المضرور من حزن ، يمكن أن يقال لهم ان ما تقولونه أمر صواب ، ونحن نوافقكم عليه ، الا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الأدبي بحيث لا تتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير من الشارع ، ويقتصر أمره على غير ما ورد فيه نص عن الشارع أو تنظيم له ، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فانه يكون هو الواجب الاتباع .

٣٧٩ — ثالثا : واما ما استدلوا به ثالثا من أن الضرر الأدبي مسن الأمور الاعتبارية التي لا يمكن مقابلتها بالمال ، فردود بأن مقصود الشارع من التعويض هو المواساة للضرر ، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه ، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبي ، والضرر المالي على حد سواء .

٣٨٠ — الرأي الراجح في نظرنا :

وبالنظر في أدلة كل قول نجد أن أدلة القائلين بعدم مشروعية

التعويض عن الضرر الأدبي قد ورد عليها من المناقشات ما يقلل من
الطمأنينة اليها ، كما ان ما ورد على أدلة القائلين بالمشروعية من
مناقشات لم يرق للنيل مما استدل به أصحاب هذا القول من أدلة
الشريعة ، مما يجعل القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال
أمراً جائزاً في نظرنا بشرط ألا يكون في أمر قد ورد عن الشارع فيه
تقدير محدد ، ووفق الضوابط التي قررها الفقهاء على نحو ما سنرى .

الباب الثاني

مضمون التعويض عن الضرر الادبي ونطاقه
في الفقهين الاسلامي والوضعي

٣٨١ - نتناول في هذا الباب دراسة الموضوعات التي
تتصل بمضمون التعويض عن الضرر الأدبي ونطاقه ، وهي تتمثل في
أساليب التعويض ، وكيفية تقديره ، وطبيعته ، ومدى انتقاله إلى
الورثة ، ولذلك فإن خطة دراسة هذا الباب سوف تنقسم إلى فصلين
الآتيين :

الفصل الأول :

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي وكيفية تقديره .

الفصل الثاني :

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ، ومدى انتقاله
إلى الورثة .

الفصل الأول

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي
وكيفية تقديره

٣٨٢ — وهذا الفصل ينقسم الى بحثين ، نخصص أولهما :
لبیان أساليب التعويض عن الضرر الأدبي ، وثانيهما : لبيان كيفية
تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي .

(المبحث الأول)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي

(المطلب الأول)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي

في فقه القانون

٣٨٣ — من الأمور التي ينبغي أن نشير إليها بداية أننا ونحن نتكلم عن تعويض الضرر الأدبي : أن نستبعد الكلام عن الأحكام العقابية المقررة للجرائم الماسة بالشرف والاعتبار كالقذف والسب ، في الفقهين الإسلامي والوضعي ، ذلك أن الوضع الطبيعي لدراسة هذه الأحكام هو باب الجنايات في كل من الفقهين ، لأن الكلام عن التعويض يتصرف إلى التعويض بمعناه الخاص الذي يتوخى تعويض المضرور عما أصابه ، دون التركيز على عقاب المسئول (١) ، وبهذا القدر تبتعد فكرة التعويض عن الجزاء الجنائي ، الذي يقوم على فكرة العقاب الخاص ، لأن العقاب يقوم على فكرة الخطأ مجردة ومجازاة الجاني على مقدار ما سلف منه من خطأ ، مع ما يدخل في الاعتبار أن تكون العقوبة زجراً للغير عن ارتكاب مثل ما صنع (٢) .

٣٨٤ — التعويض يختلف عن العقوبة :

وبنا* على ذلك يكون المقصود بالتعويض جبر الضرر الذي لحق المضرور (٣) ، وهو يختلف في ذلك عن العقوبة ، لأن هذه يقصد بها مجازاة الجاني عن فعلته وردع غيره وإن ذلك يترتب عليه آثار يتغير بمقتضاها تغيير أسس تقدير الجزاء في كل من الجانبين ، المدني والجنائي ، حيث يقوم الأول على مدى الضرر ، بينما يقوم الثاني على أساس جسامه الخطأ ، صحيح أن التعويض التزام جزائي يفرضه

(١) حسين عامر وعبدالرحيم عامر - السابق - ص ٦٩١ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

(٣) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٥٠٧ .

القانون على كل من سبب بخطئه الثابت أو المفترض ضرراً للغير بجبر الضرر الذي لحق المضرور ، لكنه جزاء مدنى وفي اطار العلاقات الخاصة (١) .

٣٨٥ - أنواع التعويض عن الضرر :

وأنواع التعويض عن الضرر تختلف باختلاف نوعه وما اذا كان الضرر مادياً أو أدبياً ومن المعروف ان تعويض الضرر المالى أمر سهل ، لأنه مقدر بمقدار الضرر ، وهو أمر يمكن الوقوف عليه من خلال ما رسمته المادة (١/٢٢١) من التقنين المدنى المصرى بقولها : " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر في الوفاء به " ، فالعادة المذكورة قد رسمت الطريقة التي يستطيع بها القاضى أن يقدر الضرر على نحو يصيب فيه مقصد القانون .

لكن الأمر في مجال التعويض عن الضرر الأدبى مختلف ، لأن التقدير فيه يقوم على اعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر ، ولئن كان فيها ما يستوجب التفاوت في القيمة من جـراً اقتران الضرر الأدبى بضرر مالى غالباً ، فان القيمة المادية ثانوية في تقدير الضرر الأدبى ، أولعها كما يرى جانب من الفقه تعدد مؤشرات المؤشرات التي يمكن بمقتضاها تقدير قيمة التعويض عن الضرر الأدبى .

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٠٦ وما بعده -
د . أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام -
ص ٣٥٦ حيث يعنون للتعويض : بأنه جزاء المسؤولية ،
وهو جزاء مدنى بالطبع .

ولئن كان التعويض العيني صورة يمكن الأخذ بها في مجال التعويض من الضرر الأدبي ، إلا أن نطاقها فيه سيكون محدودا بصور معدودة للضرر الأدبي ، إلا أن التعويض بمقابل سيظل هو ميدان التقدير في الضرر الأدبي ، ونظرا لأنه يتعلق بتقدير قسم أدبية وكيانات معنوية ، فإنه سيظل في طريقة تقديره مختلف عمن الضرر المادي كما سبق القول ، وفي هذا المطلب سوف نبين أنسواع التعويض عن الضرر الأدبي وهي على الجملة نوعان ، أولهما : التعويض العيني عن الضرر . وثانيهما : التعويض بمقابل ، والضرر الأدبي في هذا الصدد يمكن القول أنه كالضرر المادي من ناحية الطرق التي يمكن أن يعوض بها مع اختلاف طبيعة كل منهما حيث يرد الأول على الذمة المعنوية للشخص ، بينما يتقرر الثاني على الذمة المالية ونخصص لكل نوع فرعا .

(الفرع الأول)

التعويض العيني للضرر الأدبي

٣٨٦ - ومحل الالتزام بهذا التعويض ، قيام المدين به ، المسئول من الفعل الضار بأداء اللدائن المضورر يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار ، وقد نصت على هذه الطريقة من تعويض الضرر بنوعيه المادى والأدبى ، المادة (١٧١) من التقنين المدنى المصرى بقولها : " يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون أيراداً مرتباً . . . ثم تقول المادة : على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضورر أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض " ، وقد نصت على هذا المعنى المادة (٢٠٩ مدنى عراقى) ، والمادة (١٣٦ مدنى لبنانى) وهى تقضى : " بأن يكون التعويض فى الأصل من النقود ، ويخص كبدل عطل وضرر غيرانه يحق للقاضى ، أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عينياً ، ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر فى الجرائد " .

وبناءً على ما ورد فى المادة (١٧١) مدنى مصرى سالف الذكر وما يقابلها فى التقنينين العراقى واللبنانى يستبين أنه يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض العينى فى دعاوى القذف والسبب بنشر الحكم القاضى بأدانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا الحكم يعتبر تعويضاً عينياً عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى (١) ، بسل ان

(١) الوسيط للسنهورى - ج ١ - فقرة ٦٤٤ ، د . عبد المنعم فـرج الصده - السابق - ص ٢٢١ ، د . حسام الدين الاهوانسى - الحق فى الخصوصية - السابق - ص ٤٣٢ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٥٠٦ وما بعدها ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣١ ، وراجع : حكم محكمة النقض فى ط ١٩٦٧/٣/١٨ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ٦٣٦ - ١٠٠ ، ومجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٢٩٦ وما بعدها .

الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصاص على ذلك قد اعتبر تعويضا كافيا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي تضمنه ، وقد أجاز المشرع الفرنسي الأخذ بهذا النوع من التعويض ، بنصه فسي المادة ٨٠٩ مرافعات مدني على أنه يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ اجراءات إعادة الحالة الى أصلها ، لو قسيف التعرض الواضح عدم مشروعيتها (١) .

(١) ستارك - مشار اليه . في د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٢ ، وراجع : د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٥٣ حيث يقرر انه : " كما يبدو لا صعوبة في التسليم بأن الضرر الأدبي يوجب التعويض اذا توافرت فيه الشروط اللازمة ، اذا كان يكفي التعويض الأول لجبره ، كالنشر في الصحف ، أو تقديم اعتذار أو الحكم بمبلغ رمزي (قرش واحد مثلا) في حالات القذف والسب اذا يكون الجزاء من جنس العمل . وقد قضت محكمة استئناف مصر في ٤ يوليو سنة ١٨٩٣ م بالزام المسئول عن الضرر الأدبي بمبلغ زهيد كتعويض رمزي ، وقضت في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ اذا تبين ان نشر الحكم في إحدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الأدبي فلا محل للحكم بتعويض مالي ، كما قضت محكمة استئناف اسكندرية المختلطة بأنه : يعتبر تعويضا أدبيا كافيا لجبر الضرر الأدبي الزام المسئول بمصروفات الدعوى أو الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة .

(استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ، وأول مارس سنة ١٩٠٥ م) ، وراجع : د . توفيق حسن فرج - السابق - ص ٣٦٢ .

٣٨٧ - حق الرد أو حق التصحيح :

ومن تطبيقات التعويض المعيني للضرر الأدبي ، حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوي على مساس بحق من الحقوق الأدبية ، حيث تذهب معظم قوانين الصحافة في العالم الى اعطاء الافراد الحق في الرد على ما تنشره الصحيفة وتلزم الصحيفة التي نشرت المقال أو التحقيق الصحفي بنشر الرد الذي يرد لها من صاحب الشأن ، وقانون الصحافة الفرنسي يستعمل حق الرد ، أو الحق في الرد . droit de reponse بالنسبة لما يطلب الافراد نشره ، بينما يستعمل قانون المطبوعات المصري تعبير حق التصحيح ، وهذا التعبير نفسه يستعمله القانون الفرنسي لما تطلب السلطات العامة نشره ، والذي يعادل في القانون المصري نشر البلاغات الرسمية (١) . والمادة (٢٤) من قانون المطبوعات المصري تقرانه : على رئيس التحرير أو المسئول أن يدرج هنا على طلب ذوي الشأن تصحيح ما ورد ذكره من الوقائع أو سبق نشره من التصريحات في الجريدة ، وينشر التصحيح في نفس المكان ونفس الحروف التي نشر بها المقال المطلوب تصحيحه ، ويجب أن ينشر التصحيح في خلال ثلاثة أيام لاستلامه ، أو على الأكثر في أول عدد يظهر من الجريدة .

ويبدو مما ذكرته المادة (٢٤) ان حق التصحيح ينشأ عن كل ما ينشر في جريدة أو مجلة دورية ، فعنصر الدورية يبدو واضحا من ضرورة نشر الرد خلال ثلاثة أيام أو في أول عدد ، ولا مشكلة اذا كان الاعتداء على الحق الأدبي قد تم بواسطة إحدى الصحف والمجلات ، حيث يستطيع المعتدى عليه أن يمارس حقه في التصحيح فيرسسـل تصحيحا لما نشر (٢) .

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٢٥ - هامش

(٢) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٢٦ .

وممارسة الحق في التصحيح بيد وفعالا في حالة ما اذا كان المقال أو الخبر يمس سمعة الشخص أو شرفه أو شخصه ، أى أن ينشر اليه ما قد يسيء الى سمعته أو اعتباره ، أو نشر ما لا يجوز نشره كالحق في الخصوصية ، والقانون يعطى لصاحب الشأن الحق في الرد دون حاجة للجوء الى القاضى ، واللجوء الى القاضى لا يكون الا لاحقا لطلب نشر التصحيح اذا ما رفضت الجريدة نشره أو حدث خلاف حول توافر الشروط القانونية (١) .

٣٨٨ — المساس بالحق الأدبى في كتاب :

واذا كان المساس بالحق الأدبى قد تم عن طريق كتاب ، أى من طريق الدوريات فان الفقه والقضاء قد استقر في مصر وفرنسا على أنه لا يجوز اعمال حق الرد طبقا لأحكام قانون الصحافة أو المطبوعات دون اللجوء للقاضى ، فالرد بهذه الصورة لا يتصور الا حيث يكون المطبوع دوريا أى لا يكتمل ولا ينتهى بصدوره مرة واحدة ، ومن ثم يصعب القول بالرد حيث لا يتتابع صدور المطبوع فأين ينشر الرد اذا كان المطبوع قد ظهر وانتهى واكتمل نهائيا ؟ .

في هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى عليه حيث يلزم الناشر بأن يضيف الى الكتاب سواء فسي صدره أم في نهايته تعقيبا أو ردا من المعتدى على حقه الأدبى ، أو حقه في الخصوصية على صفحات الكتاب ، ويحدد القاضى حجم

(١) المرجع السابق - ص ٤٢٧ ، وراجع : الوسيط للسنهوري - ج ١ - ص ٩٦٧ - فقرة ٦٤٤ . وقد أشارت مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩٦ وما بعدها الى أن للقاضى أن يحكم بأداء معين على سبيل التعويض ، كان ينشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه أو ينص في الحكم على أن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر سببا وافتراء ، وتقـرر المجموعة ان هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ، ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف .

ومضمون الرد ، ولكن بشرط أن يكون هناك اعتداء^(١) .

ومن المؤكد أن كفاية حق الرد على من اضير في سمعته أو مرضه أو شرفه على صفحات الجرائد السيارة أو الدوريات يعتبر تعويضا عينيا يعالج بعضا من صور التعدي على الحق الأدبي ، وليعالج التعويض بمقابل بقية الصور .

٣٨٩ — شروط الحكم بالتعويض العيني :

وقد وضع الفقهاء شروطا للتنفيذ العيني استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة وأداء الالتزامات بصفة عامة ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

٣٩٠ — أولا : أن يكون الحكم بالتعويض العيني ممكنا : وهذا

الشرط مستفاد مما ذكرته الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) مدنى مصرى حيث قيدت ما نصت عليه من اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، بأن يكون ذلك ممكنا ، وكذلك ما تنص عليه المادة (٢١٥) مدنى من أنه ، اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه (٢) .

(١) المرجع السابق - ص ٤٢٨ ، وقد أشار الى حكم محكمة باريس الابتدائية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٣ م والذي قضى بضرورة وضع ورقة في أول جميع نسخ الكتاب الموجودة لدى الناشر أو الموزعين تتضمن تصحيحا لبعض المعلومات الخاطئة التي وردت في الكتاب والتي تنطوى على مساس بحق انسان . ولا يخلو هذا الاجراء من صعوبة في التنفيذ تقلل من جدواه .

(٢) د . اسماعيل فانم - أحكام الالتزام - ص ١١٢ حيث يمثل لذلك بإمكان الرجوع عن العمل ، أما اذا كان لا يمكن الرجوع فيه كما في افشاء طبيب سر المهنة واشاعته عن شخص انه مريض فلا يمكن التعويض العيني ، وقارن : الوسيط للسنهوري - السابق - ص ٧٩٧ - هامش ٢ حيث يرى : أن محل التعويض العيني هو العمل الذى يتكرر ، أما العمل الذى لا يتكرر فلا يقبل التعويض العيني .

٣٩١ - ثانيا : أن لا يكون في التعويض العيني ارهاق للمدين :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٠٣) بقولها : " اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فيشترط فسي التنفيذ العيني امكن حصوله مع عدم ارهاقه للمدين ، فاذا كسان الحكم بالتعويض العيني ممكنا ولكنه يرهق المدين بنحو يتجاوز نفسه الضرر الذي يلحقه ذلك الضرر الذي يصاب به الدائن ، فانه لا يكون هناك محل لاجبار المدين على التنفيذ العيني (١) .

٣٩٢ - ثالثا : أن يكون التعويض العيني حسبما تقتضيه الظروف :

وقد أشارت الى هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة (١٧١) مدنى مصرى ، حين نصت على أنه : " يجوز للقاضى تبعا للظروف ، وبنا على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض فاذا كان تنفيذ الالتزام بعمل غير ممكن هيتا أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهـــــــــــــــــذا التنفيذ ، ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع من ذلك ، وذلك كما فسي امتناع مسئول الجريدة عن نشر الرد المرسل من المضرور (٢)، واذا كان تنفيذ الالتزام بالامتناع من عمل كما في التزام المدين بعدم التعرض للحياة الخصوصية للمضرور ، أو قام بنشر صورته بدون اذنه ، أو قام بتحريف بعض التصريحات التى تسيء اليه ، فان التنفيذ العيني للتعويض يتمثل في قيامه بنفسه بتصحيح ما صدر منه ، كما يجوز أن يحكم بأداء أمر معين ، على ما يقضى به من نشر حكم الادانة بالصحف في دعوى القذف (٣) .

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المرجع السابق - ص ٥٢٨ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٥٣٩ .

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٥٣٠ .

٣٩٣ — رابعا : أن يطلب المضرور التعويض العيني :

وقد أشارت الى هذا المعنى المادة (١٧١) مدنى بقولها : وللقاضى أن يحكم بالتعويض عينا ما دام يراه أيسر في نفاذه وأجدى للمضرور ، ولو كان المضرور ، قد طلب التعويض بمقابل ، كما أن للقاضى أن يحكم بالتعويض بمقابل غير ذلك المقابل الذى طالب به المضرور ، ولا يعتبر هذا حكما بما لم يطلبه الخصوم ، اذ أن الحكم يقوم على تعويض الضرر موضوع النزاع وانما بوسيلة أخرى ولكن اذا طلب المضرور تعويضه عينا ، فانه يتعين على القاضى أن يحكم به ، وكذلك للمستقل أن يعرض التعويض العيني فيقضى به (١) .

(١) المرجع والمكان السابقان .

(الفرع الثاني)

التعويض بمقابل للضرر الأدبي

٣٩٤ — يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي هو أحد

صور التعويض عنه ، بل هو الصورة الثانية والغالبة لتعويض الضرر الأدبي ، حيث أن التنفيذ العيني لا يغطي كل صور الضرر الأدبي ومن ثم فانه يترك مساحة واسعة لصور هذا الضرر حتى يأتي التعويض بمقابل ليفضى هذه المساحة .

والتعويض بمقابل قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه ويندفع به الضرر ، وقد يكون بمقابل نقدي ، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة التي ترى انها الأنسب لاصلاح الضرر باعتبارها تعويضا بمقابل (١) ، ومثال التعويض بمقابل غير نقدي ما تقضى به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصادر بأدانة المسئول في الصحف (٢) ، فيران التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض ملائمة لاصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع ، والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا معيناً يعطى دفعة واحدة للمضرور ، الا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقدي مبلغا مقسطا أو ايرادا مرتبا لمدى الحياة والمسألة في ذلك راجعة الى تقدير القاضي دون توقف على طلب المضرور (٣) ، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا من النقود يعطى دفعة واحدة ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم تبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط ، أو ايراد مرتب مدى الحياة .

والفرق بين الصورتين ان التعويض المقسط يدفع على أقساط

- (١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٥٣٠ ، د . اسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ١١١ - طبعة ١٩٦٧ م .
- (٢) د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٧ وما بعدها ، د . محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - ص ٤٣١ - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ م ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٣ ، د . توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٣٦٦ ، د . جميل الشوقاوي - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - ص ٥٠٦ - طبعة ١٩٨١ م .

تحدد مدد معينة ويعين مددها ، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط نمنها ، أما الايراد المرتب مدى الحياة فيدفع هو أيضا على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الايراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ، ولا ينقطع الا بموته ، ويحكم القاضى بتعويض مقسط اذا رأى أن هذه الطريقة هي المناسبة للتعويض ، بأن كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضى له بتعويض مقسط يتقاضاه حتى يبرأ ، ويحكم القاضى بايراد مرتب مدى الحياة اذا كان العجز عن العمل - كليا أو جزئيا - عجزا دائما فيقضى للمضروب بايراد يتقاضاه ما دام حيا تعويضا له عما أصابه من الضرر ، ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط والذي يبقى في ذمته مددا قد تطول فقد يرى القاضى أن يلزمه بتأمين ، ونقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة (١٧١) من القانون المدنى الجديد ، وليس هناك ما يمنع القاضى من الحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال الى شركة تأمين مثلا لتحويله الى ايراد مرتب يعطى للمضروب ، واذا لم يتيسر ذلك يجوز للقاضى الرجوع الى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضروب دفعة واحدة ، اذا ان تحديد مبلغ التعويض من سلطة قاضى الموضوع (١) .

(١) الوسيط - ج ١ - ص ٩٦٧ وما بعدها ، د . اسماعيل فانسم - السابق - ص ١١٤ ، د . توفيق فرج - السابق - ص ٣٦٦ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوى - السابق - ص ٥٠٦ ومما بعدها ، حسين عامر وعبدالرحيم عامر - السابق - ص ٥٣٥ وما بعدها ، د . عبدالمنعم فرح الصده - السابق - ص ٥٢٠ وما بعدها ، د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٥٠٦ ومما بعدها ، د . محمد لبيب شيت - السابق - ص ٤٣٠ وما بعدها ، د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٧ وما بعدها .

(المطلب الثاني)

أساليب التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٩٥ — مما هو مقرر في التشريع الاسلامي ان الضرر أيا كان نوعه تجب ازالته ، وذلك عملاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (١) ، والذي فسره الفقهاء بما يفيد نهى الانسان عن أن يضر أخاه ابتداءً ولا جزاءً (٢) ، وإذا كان ذلك كذلك فإن الضرر الأدبي يعد واحداً من الأضرار التي يشملها حكمه ، ويكون منهيًا عنه لذلك .

وقد أخذ الفقهاء من هذا الحديث الصحيح عدداً من القواعد الفقهية التي تؤكد معناه وتبرز وجوده في مجال التطبيق العملي ، ومن هذه القواعد : الضرر يزال (٣) ، وهي قاعدة من القواعد المهمة الستة تعتبر أصلاً من أصول إزالة الضرر ، وإذا كان الضرر ممنوعاً ومنهياً عنه ، كان لا بد من رفعه وإزالته ، من خلال مشروعية التعويض عنه ، بما يتوخى إزالة الضرر أو التخفيف من آثاره ، وفي سبيل تحقيق تلك الغاية شرع التعويض عن الضرر ، وتعددت أنواعه في مجال تعويض الضرر الأدبي ، إلى تعويض عيني ، وتعويض بمقابل . ونشير إلى هذين النوعين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة . على أن نخصص لكل نوع فرعاً .

(١) سبق تخريج الحديث في الفصل الثاني من هذا القسم .

(٢) الأشباه والنظائر - لابن نجيم - ص ٨٥ .

(٣) راجع : المادة ٩٠ من مجلة الأحكام العدلية ، والأشباه والنظائر - لابن نجيم - المكان السابق ، والأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٨٣ وما بعدها .

(الفرع الأول)

التعويض العيني للضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٣٩٦ - والفقه الاسلامي لا تمنع أدلته التفصيلية ، وقواعده العامة ، من ازالة الضرر الأدبي عن طريق التعويض العيني . الذي يتخذ شكل ازالة عين الضرر ، أو نفى ما اثبتته المعتدى لقوله أو خطبه مما ينطوي على مساس بحق من الحقوق الأدبية للمعتدى عليه ، كالقذف والسب ، أو النيل من سمعته أو التعدي على خصوصياته وليكون النفس الأخير من المعتدى ماحيا لما أثبتته من قول أو فعل ينال من المعتدى عليه في ذمته المعنوية ، ومن صور التعويض العيني ان يفعل بالمعتدى مثل ما فعل ، وهذا ما يؤيده ظاهر النصوص القرآنية ، فقد قال تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١) ، وقال عز من قائل : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٢) ، وقال تعالى : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٣) ، ولهذا كان الأصل في التعويض أن يكون بمثل التعدي في الاضرار المالية وغير المالية من الاضرار المعنوية ، الا أن السنة النبوية قد خصصت هذا العموم بما قرره من التضمين بالمثل ، وليس ائتلاف النظير في الضرر المالي بما ثبت انه صلى الله عليه وسلم : قد فرم إحدى زوجاته عندما كسرت انا لصاحبها انا بدله ، وقال : انا بأنا (٤) ، ولا شك ان هذا في الأموال أصلح للجهتين ، لأن المعتدى عليه ، اذا أخذ مثل ماله أو قيمته صار كأنه لم يفت عليه شيء ، لأنه قد استفاد بها أخذه عوضا عن ماله ، أما اذا تمكن من مقابلة الاتسلاف بائتلاف مثله كان ذلك زيادة في اضاقة المال وتوسيعا للضرر بلا فائدة ،

(١) سورة البقرة - آية ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى - آية ٤٠ .

(٣) سورة النحل - آية ١٢٦ .

(٤) الحديث رواه أبو داود والنسائي وأحمد ، راجع : مختصر

سنن أبي داود للمنذرى - ج ٥ - ص ٢٠١ وما بعدها رقم

٣٤٢٤ ، مطبوع مع معالم السنن للخطابي ، نفس المكان .

والمعتدى يستوى عنده ائتلاف ماله أو اعطائه للمجنى عليه لجبر الضرر الواقع عليه (١) .

.. ولما كانت مقابلة الائتلاف بمثله في المال مفسدة لا تجنى من ورائها فائدة فقد عدل عن الائتلاف في المال الى التعويض عنه بمثله ، لكن المعنى في الاضرار غير المالية ، ومنها الضرر الأدبي مختلسف ، لأنها تقوم على التشفى الذى يتحتم لازالته أن يذوق المعتدى مسن الأذى مثل ما فعل ، حتى يذهب الغل من النفوس والغيط من الصدور ومن ثم بقى هذا الأصل في التعويض عن الاضرار غير المالية ، ولعل في مشروعية القصاص في النفس وما دونها ، وجواز رد التعدى الذى يتخذ شكل السب وغيره بمثله ، ما يدل على هذا المعنى ، قال الله تعالى : " لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم " (٢) ، وقول الله تعالى : " ولئن انتصر بعد ظلمة فأولئك ما عليهم من سبيل ، انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبيغون في الأرض بغير الحق ، أولئك لهم عذاب أليم " (٣) ، حيث دل هذا القول الكريم على أن من يرد الاساءة بمثلها انتصارا لما وقع عليه من ظلم لا سبيل عليه ، انما السبيل على البادى المعتدى ، الذى يظلم الناس بغيا بسدون حق (٤) .

(١) في هذا المعنى : رسالة سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات ص ٥٦٥ .

(٢) سورة النساء - آية ١٤٨ ، وراجع في بيان هذا المعنى ، كتابنا : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الادبية - فقرة ١٠٨ - الطبعة الأولى ١٩٩٠ م .

(٣) سورة الشورى - الآيتان : ٤١ ، ٤٢ .

(٤) في هذا المعنى : فتح القدير - للشوكاني - ج ٤ - ص ٥٤ ، وراجع : د . محمد سراج - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - فقرة ٣٤٨ - ص ٤٣٤ وما بعدها .

٣٩٧ — تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي :

ولقد جاءت تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي في الفقه الاسلامي ، في عدد من المجالات التي يوجد فيها هذا الحق ، وليس في كل صوره ، وبالتحديد فقد ورد الكلام عنه في حال التعدي على السمعة ، وفي مجال التعدي على حق الخصوصية ، لكنه مع ذلك يمكن أن يعطى أساسا كافيا لتأصيل هذا النوع من التعويض ، بما يبرز خصائصه . ومن صور التعويض العيني للضرر الأدبي ما يلي :

٣٩٨ — أ — تكذيب المعتدي لما قاله :

من المهم بالنسبة لمن اعتدى على حقه الأدبي أن يكذب المعتدي نفسه ، خاصة اذا كان الاعتداء مسلطا على سمعته أو شرفه واعتباره ، مثل نسبة ما يشين اليه ، من الأمور التي تؤثر على سمعة من نسبت اليه ، كالرمي بالزنا والسب وغيرهما ، الا أنه اذا كان التعدي بالرمي بالزنا يكون مستوجبا للعقوبة الحدية اذا توافرت شروط اقامة الحد على نحو ما قرر الفقهاء ، وقد شددت الشريعة على حالة الرمي بالزنا فأوجبت فيها الحد زجرا لفاعلها ومنعا من اقترافها ولا يجوز اسقاط هذه العقوبة الحدية أو الصلح عنها أو استبدالها بهمال ، لأن ذلك يفوت الغرض المقصود شرعا من التشديد على فعلها بتقرير العقوبة ، ومن ثم فانها لا تدخل في مجمل التعويض .

أما اذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه ، أو كان الرمي بغير الزنا مما يؤثر في سمعة المرء وينال من شرفه وكرامته ، فإن عقابه يكون بالتعزير . يقول صاحب بدائع الصنائع : " يجب التعزير بارتكاب جنائية ليس لها حد مقدر في الشرع ، سواء كانت الجنائية على حق لله ، أو للعهد ، بأن يؤذى مسلما بغير حق ، بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب ، بأن قال له يا خبيث أو يا فاسق أو يا فاجر أو يا كافر أو يا أكل الربا يا شارب الخمسر ونحو ذلك ، فانه يعزر لما تتضمنه تلك العبارات من نسبة ما يشين

اليه ، لأن نسبة هذه الأمور اليه تجعل الناس - على الأقل -
في حيرة من أمره وسيكونون بعد سماع ما قيل عنه بين مصدق ومكذب
فعز المعتقدى دفعا للعار من المعتقدى عليه " (١) .

٣٩٩ - دليل التعويض العيني للسب :

وما يدل على أن التعويض العيني من أنواع التعزير في حالة
السب الذى ينال من شرف الانسان وعرضه ما لا يرقى لاقامة الحسد
عليه ، ما رواه عبد الرزاق أن عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل :
يا منافق ، فشكاه الى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر بن الخطاب الى
عمرو بن العاص : ان أقام عليك البينة جلدتك سبعين . وقد ثبتت
المتهمة على عمرو بن العاص بشهادة الشهود واعترافه ، فأمكن عمر
الرجل من نفسه فعفى عنه ، وفي رواية ان عمر قال لعمر : اكذب
نفسك على المنبر ففعل (٢) .

٤٠٠ - ووجه الدلالة في هذا الأثر :

ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قد أمر عمرو بن العاص أن
يكذب نفسه بما نسب اليه المعتقدى عليه من وصف النفاق الذى ينال من
شرف من ينسب اليه واعتباره ، ويؤذى به عند قومه ، والتكذيب نوع من

(١) راجع : بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٢ ص ٦٣ ، حيث يقرر ان
المعتقدى لو قال له : يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو
ذلك لا يجب عليه التعزير ، لأنه قد اذى نفسه والحق العار
بها بقذف غيره بما لا يتصور ، فيرجع عار الكذب اليه لا الى
المقذوف ، وهذا القول موجب للتعزير بحسب العرف الجارى ،
لأن وصف المعتقدى عليه بذلك ما ينال من كرامته ، راجع :
البحر الرائق - لابن نجيم - ج ٨ - ص ٢٤٠ - مطبعة البابى
الحلبى سنة ١٣٢٤ هـ . وهو المعتبر عند الشافعية ، راجع :
تكملة المجموع - ج ١٨ - ص ٣٦١ .

(٢) د . روى الرحيلى - فقه عمر بن الخطاب - ج ١ - ص ٣٤٥ ،
نقلا عن كنز العمال - ج ٣ - ص ١٢٠ .

التعويض العيني عن الضرر الذي فعل ، وقد امر عمر رضي الله عنه أن يتم التكذيب على المنبر ، ليكون في ذلك ما يمسح معنى الضرر . بعد أن تفتت آثاره عند الكافة - من نفس المعتدى عليه بالتكذيب على الملأ الذين يخشى نفرتهم مما سمعوه عنه ، أو تغير نظرتهم اليه ، وهذا هو معنى التعويض العيني الكامل الذي قال به فقهاء القانون ، تشبه التكذيب الذي تنشره الصحف مما يمس سمعة المضرورين أو شرفهم ، واعتبارهم ، ومن ثم يعتبر هذا الأثر دليلاً واضحاً على ذلك .

٤٠١ - التعويض العيني للغيبة :

ولما كان في الغيبة ذكر للانسان بما يكره ، الأمر الذي يسدل على أن فيها نبلاً من عرضه واعتباره وسمعته ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم يقول فيما رواه عنه أنس رضي الله عنه قال : " كفارة من افتبسته أن تستغفر له " (١) ، وقد روى الحديث من طريق أخرى بمعناه ، والحاكم من حديث حذيفة والبيهقي قال : وهو أصح ، ولفظه قال : " كان في لساني ذرب على أهلي ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أين أنت من الاستغفار يا حذيفة ؟ ، اني لاستغفر الله في كل يوم مائة مرة " (٢) .

وقد دل هذا الحديث على أن الاستغفار من المغتاب لمن افتابه بعد من أنواع الكفارات عن اثم الغيبة . وفي الاستغفار ما ينطوي على اقرار بالذنب من المعتدى ، وهو ما يتضمن تطهير ساحة المعتدى عليه مما يكون قد ناله من طعن في سمعته أو نسبة ما يكره اليه وقد فصل الشافعية فقالوا : اذا علم المغتاب وجب الاستحلال منه ، ومما يدل على ذلك ما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة مرفوعاً :

(١) رواه الحارث بن أمانة باسناد ضعيف ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مسنده ، والبيهقي في شعب الإيمان وغيرهم - بالفاظ مختلفة من أحاديث أنس ، راجع : سبل السلام -

ج ٤ - ص ٤٠٠ .

(٢) سبل السلام - المكان نفسه ، وذرب اللسان آفاته .

من كان عنده مظلة لأخيه في عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون له دينار ولا درهم . . . الحديث " (١) ، والحديث دال على وجوب الاستحلال وإن لم يكن المعتدى عليه قد علم ، والاستحلال نوع من الاعتذار الذي ينطوي على معنى التكذيب لما اعتدى به على عرض المسلم ، فهو أشبه بنوع من التعويض العيني .

٤٠٢ — نطاق الالتزام بالتعويض العيني :

ومن حرص التشريع الاسلامي على رفع الضرر عن المعتدى عليه في عرضه بالغيبة ، ان جعل نطاق الالتزام بالتعويض غير قصر على المعتدى ، بل جعله واجبا أيضا على من يقع التعدي أمامه ، حيث أوجب عليه أن يرد الطعن الذي رمى به أخوه . وذلك فيما روى عن أبي الدرداء أنه صلى الله عليه وسلم قال : " من رد عن عرض أخيه بالغيب رد الله عن وجهه النار يوم القيامة " (٢) ، حيث دل هذا الحديث على وجوب الرد على من اغتاب أخاه عنده ، وهو واجب لأنه من باب الإنكار للمنكر ، ولذا ورد الوعيد على تركه . كما أخرجه أبو داود : ما من مسلم يخذل امرأ مسلما في موضع تنتهك فيه حرمة وينتقص من عرضه ، الا خذله الله في موطن يجب فيه نصرته " (٣) ، وأخرج أبو داود وأبو الشيخ أيضا : " من حصى عرض أخيه في الدنيا بعث الله له ملكا يوم القيامة يحميه من النار " ، وأخرج الأصبهاني : " من اغتاب عنده أخوه فاستطاع نصرته فنصره نصره الله في الدنيا والآخرة ، وإن لم ينصره أذله الله فسي الدنيا والآخرة " (٤) ، ولا يخفى ما تدل عليه تلك الأحاديث من وجوب رد التعدي على العرض حتى ولو لم يطلب المعتدى عليه ذلك ، ولكن كان النظام القانوني يقضي بأن يتقدم المضرور بتصحيح لما نسب اليه الى الجهة التي تم النشر فيها ، فإن مضمون تلك الأحاديث فيه ما يدل

-
- (١) المرجع والمكان السابقان .
 - (٢) المرجع نفسه - ص ٤٠٩ .
 - (٣) المرجع نفسه - ص ٤١٠ .
 - (٤) المرجع والمكان السابقان .

على ما هو أكثر حفظا لعرض الانسان وسمعته من هذا ، حيث يجعل هذا التصحيح واجبا على من حضر واقعة التعدى ، ولو لم يطلبه المعتدى عليه ، بل ولو لم يكن حاضرا .

٤٠٣ — ب — التعويض العيني للتعدى على حق الخصوصية :

ومن صور التعويض العيني للضرر الأدبي ما قرره الفقهاء من ازالة مصدر الضرر الأدبي ، الذى يتمثل في الوسائل التي يمكن أن يعتدى منها الجار على حق جاره في الخصوصية ، ولئن كانت الفسروع الفقهية الواردة في هذا الخصوص تقتصر بحكم الظروف التي صنف فيها مصادرها العلمية - على الأسباب البسيطة التي تؤدي الى أذى الجار ، مثل أحداث شباك في البناء ، أو أحداث فتحة يمكن أن يطل منها على عورات جاره ، كالنظر الى النساء في صحن الدار ، أو المطبخ أو البئر اللائي يجتمعن عنده لافتراف الماء وهو ما جرت العادة بشأن يقوم به النساء لكن هذا المثل وغيره ، رغم بساطته يعد المدخل لتأصيل كل ما أسفرت عنه العلوم من أدوات التجسس المختلفة ، والتي تعتبر أسبابا مباشرة للتعدى على حق الانسان في الخصوصية ، لتكون كل تلك الأدوات على تقدمها وتنوعها وخطورتها مشمولة بحكمة نسي التعويض العيني الذي يقضى بازالتها .

٤٠٤ — آراء الفقهاء في التعويض العيني للتعدى على

حق الخصوصية :

واذا كان التعدى على حق الانسان في الخصوصية يتمثل فسي القيام ببعض الأعمال التي يتمكن بها من النظر الى عورات الجار على نحو ما ذكره فقهاء المالكية في حكم أحداث فرقة يطلع منها على اسطوان داره ؛ انه يمنع من ذلك ، وعللوا المنع بأن الأسطوان هو دها السيز الدار التي يجلس فيها أفراد الأسرة وخاصة النساء مع شي من التخفف في ملابسهن ، مما يؤدي الاطلاع الى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه حيث لا يأمن رؤية الجار لهن ، وفي مثل ذلك أحداث علو يشرف منه على دور الجيران (١) ، وقد اختلف الفقهاء في وجوب سد مسا

(١) تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ٢ - ص ٣٦٥ .

يحدثه الجار في بناءه من فتحات أو شبابيك يمكن منها أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته وذلك على قولين :

٤٠٥ — أولهما : للمالكية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية :

وحاصل قولهم : ان المالك اذا أراد أن يفتح طاقة أو فتحة في ملكه تشرف على جاره بحيث يمكن بها الاطلاع على خصوصيات الجار والنظر الى نسائه فانه يجب ان تسد تلك الفتحة ترجيحاً للجانب حق الضرر في الخصوصية على حق المعتدى في فتح الكوة أو الطاقة أو الشباك والذي قد يرمى من وراءه الى تحقيق مصلحة مرجوحة تتمثل في دخول الضوء أو الشمس أو الهواء الى ملكه ، وبوجوب سد تلك الفتحة ذهب المالكية والحنابلة ، وبعض فقهاء الحنفية (١) ، الا أن المالكية قد قيدوا وجوب الازالة بعدة شروط :

٤٠٦ — الأول : أن يكون احداث الفتحة مما يمكن أن يؤدي

الى أذى الجار :

ليس كل عمل يحدثه المالك في ملكه يمكن أن يؤدي الى أذى جاره ، واذا كانت علة المنع من احداث الفتحة هي الأذى الذي يمكن أن يحدث للجار في انتهاك خصوصيات حياته ، فاذا كان احداث الفتحة لا يؤدي الى هذا العمل المحرم فيجوز عمله .

(١) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٣ - ص ٣٤١ ، وحاشية ابن مابدين على الدر المختار - ج ٤ - ص ٣٧٦ ، وفتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية - ج ٢ - ص ٢٥٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٤ - ص ١٩٦ ، وراجع نفسي هذا المعنى : جامع الفصولين - لابن قاضي سماؤه - ج ٢ - ص ٢٦٨ - الطبعة الأولى بالطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

وضابط ذلك : أن يكون منزل المالك قريباً من ملك جـساره بحيث يتبين الأشخاص وتتميز الصور ، فيعرف زيد من عمر ، والذكر من الأنثى ، والحسن من القبيح والا فلا يقضى بإزالته (١) .

٤٠٧ - الثاني : أن يكون فتح الكوة حادثاً :

ويشترط لازالة الكوة أن يكون فتحها لاحقاً على استقرار حيق الجار ، فلو ان الفتحة كانت قديمة ، فان الجار لا يلزم بإزالتها لأن حقه أسبق وقد جاء في البهجة : وقول في الحادث احتراز مسـن القديم ، فانه لا تقضى بإزالته على المشهور ولو لم تكن فيه منفعة ، قال في المدونة : فأما كوة قديمة أو باب قديم ، لا منفعة له فيه ولا مضرة على جاره فانه لا يمنع منه (٢) .

٤٠٨ - ما يستثنى من هذا الشرط :

ويستثنى من حكم هذا الشرط ، وهو عدم المتع اذا كانت الفتحة قديمة وليست حادثاً ، فيمتع من الاطلاع ولو كان مصدر اطلاعه قديماً على ملك الجار المتضرر من النظر ، اذا كان التعدى يجيى من صعود المؤذن للمنارة ومنها يمكن أن يجرح جاره ويطلع على خصوصياته ،

(١) البهجة شرح التحفة - ج ٢ - ص ٣٣٨ ، وحاشية التاودي عليه نفس المكان - الطبعة الثانية ١٩٥١ مطبعة البايى الحلبي ، والمدونة الكبرى للامام مالك - ج ١٥ - ص ١٩٧ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون - ج ٢ - ص ٢٢٥ ، والمستقى على الموطأ - ج ٦ - ص ٤١ ، معين الحكام - ص ١٩٨ ، والقوانين الفقهية ص ٣٢٧ .

(٢) البهجة - شرح التحفة - نفس المكان ، وراجع كشف القناع للبهوتي - ج ٣ - ص ٣٩٦ وما بعدها .

فانه يمنع ، يقول صاحب البهجة : " ويستثنى من القديم المنار ، فانه يمنع المؤذن من الصعود اليه ولو كان قديما حتى يجعل ، سائرا يمنع من الاطلاع على الجيران من كل جهة حتى لا تتبين أشخاص ولا هيئات ولا اثاث قربت الدار أو بعدت (١) .

٤٠٩ — الثالث : أن تكون الفتحة أقل من قامة الانسان :

ويشترط لازالة أن تكون الفتحة في متناول قامة الانسان بحيث يكون في استطاعته الاطلاع منها على خصوصيات جاره بسهولة (٢) ، وهذا الشرط مخالف لما يمليه الرأي المشهور في المذهب المالكي ، السدى يقضى بالازالة حتى ولو كانت الكوة عالية ، بحيث لا يمكن الاطلاع منها الا بسرير ونحوه ، وهو كذلك على المعمول به كما في المدونة عن مالك قال ابن فتوح وغيره : وبه العمل خلافا لما روى عن عمر رضى الله عنه من أنه يوضع سرير ونحوه من جهة المحدث للكوة وان يقف عليه واقف ، فان اطلعه على دار جاره منع من ذلك والا فلا ، وجعل ذلك قيذا (٣) .

(١) المرجع والمكان السابقان ، وحاشية التاودي على البهجة - نفس المكان السابق . وقد ورد في المادة (٦٠) من مرشد الحيران) ، ان الضرر الفاحش يزال سواء كان قديما أو حادثا ، والضرر هنا ضرر فاحش ، وفقا للمادة (٦٢) من المرشد) .

(٢) راجع في هذا الشرط : د . محمد رأفت عثمان - التحقيق والواجبات في الاسلام - ص ١١٦ - الطبعة الاولى - دارالكتاب الجامعي .

(٣) البهجة شرح التحفة - ج ٢ - ص ٣٣٨ . وقد نصت على ذلك المادة (١٢٠٣) من مجلة الأحكام العدلية) بقولها : " اذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الانسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلما وينظر الى مفرسائه) .

وقد ألزم الحنابلة الجار موضع ستره يمنع بها من الاطلاع على جاره ، يقول ابن قدامة : " وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبنى ستره تستره ، لأنه اضرار بجاره أشبه ما للسو اطلع عليه من شق الباب أو الحائط ، وهذا ضرر منهي عنه عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (١) .

٤١٠ — ثانيهما : للشافعية وأبي حنيفة والظاهرية :

وحاصل قولهم : إن المالك لا يمنع من التصرف في ملكه ، فيجوز له أن يفتح ما شاء من الكواث والفتحات حتى ولو اشرفت على أرض جاره ، ويجب على الجار أن يستر نفسه بأن يبنى في ملكه ما يؤدى الى هذا الستر ، ومع ذلك فان صاحب الكوة ممنوع من النظر والاطلاع على جاره (٢) ، ويقول ابن حزم : ان كل ذى حق أولى بحقه ، ومن ثم له أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف من فتح الكوى والطاقت وغيرها ، الا أنه يمنع من النظر الى جاره ، وما روى من خبر : لا ضرر ولا ضرار ، فانه لا يصح ، لأنه انما جاء مرسلا أو من طريق فيها زهير بن ثابت ،

(١) المغني - لابن قدامة - ج ٤ - ص ٥٧٣ ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه - ج ٥ - ص ١٦١ ، شرح منتهى الارادات - ج ٢ - ص ٣٧٢ ، وكشاف القناع - ج ٢ - ص ٣٦٩ ، وقد نصت المادة (١٤٤٦) من مجلة الأحكام الشرعية (على أن تصرف الانسان في ملكه بما يتعدى ضرره الى جاره عدوان ، مثلا : لو بنى في داره كنيفا أو بركة ونحوها فنزا الى جدار جاره فأوهاه ضمنه ، وللجار منعه من ذلك الا أن يبنى حاجزا محكما ، وكذا الدق الذى يهد الجدار مضمون السراية .

(٢) راجع : الأم للامام الشافعي - ج ٣ - ص ٢٢٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ - ص ١٩٦ ، والمحلى لابن حزم الظاهري - ج ٨ - ص ٢٤١ ، مسألة ١٣٥٥ وما بعدها ، وحاشية البجيرمي على شرح منہج الطلاب - للشيخ زكريا الأنصاري - ج ٢ - ص ١٢ .

وهو ضعيف ، الا أن معناه صحيح ، ولا ضرر أعظم من أن يمنع المـسـر من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره (١) .

٤١١ — تقييم رأى الظاهرية ومن معهم :

ولعل من أهم الانتقادات التي وجهت لرأى الظاهرية ، وتعتبر بالطبع موجهة الى من يوافقونهم في الرأى ، انهم قد ضعفوا حديث : لا ضرر ولا ضرار ، وقالوا : انه مرسل ، أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف ، مع ان هذا الحديث قد جاء من عدة طرق أخرى ليس فيها ارسال ، حيث روى عن ابن عباس ، وأبي سعيد الخدرى ، وعبادة بن الصامت (٢) ، يقول الشوكاني : أما حديث : لا ضرر ولا ضرار ، فقد رواه ابن عباس وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبد الرازق ، قال ابن كثير أما حديث : لا ضرر ولا ضرار ، رواه ابن ماجه عن عبادة ابن الصامت ، وروى من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدرى وهو حديث مشهور (٣) ، ويقول الألباني : انه حديث صحيح روى من حديث عبادة بن الصامت وعبد الله بن عباس وأبي سعيد الخدرى ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة بنت أبي بكر

(١) المحلى - المكان السابق ، وراجع : الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه : غمز عيون البصائر - للحموى - حيث ينسب مثل رأى الظاهرية لتأخرى الحنفية ، فبعد أن يقرر حـق المالك المطلق في التصرف في ملكه وان اضرب جاره ، يقول : " لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه الى غيره ضررا بينا ، وقالوا : بالمنع ، وعليه الفتوى في كثير من المسائل " ٤ راجع : ج ١ - ص ١٢١ .

(٢) راجع : سهل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ١١٨ - ونيل الأوطار للشوكاني - ج ٥ - ص ٢٩٢ ، وقد سبق تخريج الحديث ، راجع فقرة ٣٥٦ وما بعدها من هذا البحث - هامش (١) .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني - المكان نفسه .

(١)

منعهم من العمل بالحديث تصوره لقيام مانع من تطبيقه في تلك الحالة ، وهو رجحان مصلحة الجار الممنوع من التصرف عن الجار الآخر الذي يمكن أن يحمي نفسه باتخاذ سترة ، فالرأيان متقاربان .

ومن ثم يستبين لنا أن الشريعة قد اعتبرت الأضرار المعنوية مثل الاشراف على مقر النساء من صحن الدار ونثرها ومطبخها ، وإن هذا من أنواع الضرر الفاحش الذي يجب منع سببه بالازالة ، وقد جاء في المادة (١٢٠٢ من مجلة الأحكام العدلية) أن : " رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً ، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً جديداً ، وجعل له شباكاً مطلاً على مقر النساء في دار جاره الملاصق أو الذي يفصل بينهما طريق ، فأنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك إما ببناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر ، ولكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية " (٢) ، كما نصت على ذلك المادة (٦٢ من كتاب مرشد الحيران) فقالت : " رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشاً ، فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكاً للنظر مطلاً على محل نساء جاره ، وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر إما بسد الشباك أو ببناء ساتر ، فإن كان الشباك المحدث مرتفعاً فوق قمة الانسان فليس للجار طلب سده " ، والضرر الفاحش يزال سواء كان قديماً أو حادثاً (مادة ٦٠ من المرشد) (٣) .

(١) د . فتحي الدريني - نظرية التعسف في استعمال الحق فسي الفقه الاسلامي - ص ١٣٩ وما بعدها ، مؤسسة الرسالة - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٨ م .

(٢) راجع : المجلة مع شرحها ، للمرحوم سليم رستم - ص ٦٦١ وما بعدها - الطبعة الثالثة .

(٣) راجع : كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان - ص ١٥ وما بعدها - الطبعة الثالثة - بالمطبعة الأميرية سنة ١٩٠٩ م .

٤١٣ — دفع الضرر الأدبي مقدم على دفع الضرر المالى :

وإذا كان فقهاء الشافعية يفرقون بين فعل المالك الذى يضر بهلك جاره فيمنعونه ، والذى يضر بجاره فلا يمنعونه ، فان السنن النبوية قد ورد فيها ما يدل على بطلان رأيهم ، ان رأيهم ينطوى على ترجيح للجانب المالى المتعلق بالملك ، على الجانب الأدبي المتعلق بحق الحار فى حماية خصوصياته ، ولو كان ما رأوه صحيحا ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسمرة بن جندب : أنت مضار ، فقد روى أبو داود فى سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه حدث سمرة بسن جندب ، انه كان له عضد من نخل فى حائط رجل من الأنصار ، ومسح الرجل أهله وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به ، ويشق عليه ، فطلب اليه ان يبيعه فأبى ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له ، فطلب اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، قال : فهب لك كذا وكذا - امرا رغبة فيه - فأبى ، فقال : أنت مضار ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصارى : اذهب فأقلع نخله (١) .

.. هنا حدث تعارض بين حقين ، حق مالى يتمثل فى نخلة سمرة ، وحق أدبي يتمثل فى خصوصية الأنصارى ، التى أراد سمرة ان يهتكها متعللا بوجود نخلته ضمن بستانه ومع أهله ، هنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإزالة أسباب الضرر ، فدل ذلك على مشروعية الإزالة العينية للضرر الأدبي .

٤١٤ — شروط صحة التعويض العيني :

ويشترط لصحة التعويض العيني عن الضرر الأدبي فى الفقه الاسلامي شروط :

- (١) سنن أبي داود - ج ٢ - ص ٢٨٣ - الطبعة الأولى سنة ١٣٧١
الحلبى بمصر ، وراجع : عون المعبود - ج ١٠ - ص ٦٤ ،
والقواعد لابن رجب رقم ٧٧ - ص ١٥٧ ، وابن القيم - الطرق
الحكمية - ص ٣١٠ .

أولها : ان يطلب المعتدى عليه ذلك ، لأن الضرر الأدبي ، اعتداءً على حق من حقوق العبد واستيفاءً التعويض عنه مما يستبد به المعتدى عليه ، كما ان الزام القاضى له فرع مطالبه المضرور به ، لأنه حق كبقية حقوقه التي تقبل الاسقاط ومن ثم وجب على المعتدى عليه أن يطالب به .

ثانيها : كما يشترط أن لا يترتب على التعويض العيني ضرر أشد : وذلك لما هو مقرر من أن الضرر الأشد يزال بالأخف (١) ، وعلى هذا الأصل يمكن تخرج ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بسمة ابن جندب ، لأن بقاء نخلته أشد ضرراً من قلعها ، يقول ابن القيم : فضرر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم ، فان الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وان أباه من أباء (٢) ، أقول : فلو كان التعويض العيني سبباً عليه ارهاق لسمة بأن كان ضرره أشد لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإزالة نخلته ، وهو ما يدل على اعتبار هذا الشرط .

ثالثها : أن لا يكون المعتدى عليه قد سبق تعويضه ، أو رضى أن يعرض عن ضرره بمقابل ، لما هو مقرر من أن الضرورة تقدر بقدرها ، وتغريم المعتدى استثناءً اقتضته ضرورة تعديده ، فوجب أن يتقيد التعويض به ، كما أنه لا يجتمع تعويضان من تعد واحد لما في ذلك من تجاوز للمثل الذي يقوم عليه التعويض .

(١) المادة ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية

(٢) الطرق الحكيمة - ص ٣١٠ .

(الفرع الثاني)

التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤١٥ - وقد يكون التعويض عن الضرر العيني بمقابل يجبره ، وذلك في غير الحالات التي يتقرر فيها التعويض العيني ، أو فيها مع عدم توافر شرط من شروط قيامه وفي هذه الحالة ، لا يكون هناك من تقدير التعويض الملائم عن الضرر الأدبي الذي أحدثه المعتدى بفعله ، والذي يقوم بتقدير هذا التعويض هم القضاة الذين يقدرون لكل ضرر قيمته ، أو حكومة العدل التي تتولى تلك المهمة بنفسها أو من خلال الاستعانة بأهل الخبرة كما سنرى .

٤١٦ - وقد قدر التشريع الاسلامي صعوبة هذا النوع من التعويض ولذلك تنوعت أساليبه بما يجعله أكثر ملائمة في مجال الواقع ، ولهذا لم يجعل التشريع الاسلامي كل صور التقدير في جهة واحدة ، بل عدد الجهات التي تقوم به ، ليكون في هذا التعدد تحصيل للمنافع التي ينطوي عليها تقدير كل جهة .

ومن أهم سمات هذا التعويض ، انه يقوم على العدل ، أي يوازن بين المصلحة التي فأت بالتعدي ، وبين التعويض على نحو يحقق العدالة في أحسن حالة يمكن أن تتحقق فيها ، كما يقوم مع العدل على الرضا ، الذي يريح نفس المضرور وينزع منها الغل والحقد ، حتى يكون تقدير التعويض محققا للعدل وطمأنينة النفس ، ولهذا تنوعت جهات تقدير التعويض على نحو ما سنرى .

(المبحث الثاني)

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي فسي
الفقهين الاسلامي والوضعي

(المطلب الأول)

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤١٧ - من المعروف أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يختلف عن تقديره بالنسبة للضرر المادي الذي سهل القانون مهمته بما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ، وهذا التقدير لجانبى الكسب والخسارة أمر يمكن إدراكه في وقائع تقبل التقدير بالمال ، لكن الآخر بالطبع سوف يكون مختلفا في مجال تقدير الضرر الأدبي حيث يمارس القضاء دوره في التقدير بحرورة وحرية (١) ، وأود أن أبين أولا سمات تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ثم أحاول ثانيا تفريد معيار مقبول للتعويض ، وذلك في فرعين :

(الفرع الأول)

السمات البارزة في تقدير التعويض

يمكن القول أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يتسم بأمرين بارزين هما قيامه على اعتبار ذاتي ، وأنه يتردد في مقداره بين التفسير والمبالغة ، ونبين ذلك بالتقدير الذي تقتضيه الدراسة .

٤١٨ - أولا : قيام التقدير على اعتبارات ذاتية :

بما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وبحسب طبيعته يقوم الى حد كبير على اعتبارات شخصية ،

(١) حسين عامر - وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص ٥٦٢ .

وحيث يكون الضرر معنويا فان ضوابط تحديده تكون مرنة ومطاطة الى حد كبير ، وقد أدى ذلك الى اختلاف المحاكم وتفاوتها في التقدير الى مدى بعيد (١) .

ومن أمثلة هذا التباين في التقدير ما قضت به المحاكم المصرية من الزام طبيب بدفع تعويض مقداره خمسة آلاف جنيه لتسببه في وفاة حالة فتق أربى أيمن معتنق ، حيث تصدى له جراحيا فسي مبادئه رغم علمه المسبق ان الحالة تستدعي اجراء الجراحة في المستشفى ، وفي قضية أخرى حكمت لوالد المجنى عليه بتعويض مقداره أربع مائة ألف جنيه ضد شخص من الجيش صدمه بسيارته فأرداه قتيلا ، دون أن يصدر من المجنى عليه أية مشاركة في الخطأ ، وفي قضية أخرى حكمت بمبلغ ثمانية آلاف جنيه ، ضد صاحب منزل أهمل في ترميمه بعد أن تم اعذاره ، حتى تهدم فقتل رجلا كان في المنزل المجاور ، فحكمت لورثته بهذا المبلغ كتعويض ، وفي قضية أخرى حكمت المحكمة بتعويض مقداره ألفا جنيه لاختوة المجنى عليها ضد من هجم عليها في مسكنها وقتلها ثم أشعل النار في منزلها ، فأصدر القضاء حكمه بالاعدام الذي تم ، كما تم تعويض الزوج من الموجودات التي احترقت بالمنزل (٢) . وهكذا نجد التفاوت في تقدير التعويض مختلف في الحالات السابقة ، رغم وحدة المصلحة المعتدى عليها ولعل السبب في ذلك مدى ما يراه

(١) د . حسام الدين الاهواني - السابق - ص ٤٤٥ .

(٢) راجع : في التعليق على تلك القضايا : د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ص ٥٣٠ وما بعدها ، حيث انتهى الى أن سبب هذا التفاوت راجع الى أن القانون المدني المصري يطبق بشأن التعويض من ضرر النفس ، نفس القاعدة التي يطبقها على تعويض المال ، وهي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، والأولسى تطبيق قواعد الدية والأروش المقررة في الفقه الاسلامي ، لأنها موحدة . المرجع نفسه - ص ٥٣٥ .

القاضي من جسامة الضرر الناتج عن الفعل ، فضلا عما يقتضيه اعمال نظر القضاء في كل حالة على حدة ، وهذا ما يؤكد مبدأ المرونة في التقدير ، وان كان تفاوته في المصالح المتحدة أمرا منتقدا . اذ انه يورى بالتناسب الذي يجب أن يكون موجودا بين التعويض والضرر (١) .

٤١٩ — القانون الانجليزي يتجه نحو تحديد التعويض :

وتلافيا لهذا التفاوت في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي المتحد المحل والمصلحة المعتدى عليها به ، ظهر اتجاه فقهي ينادى بتحديد الجوابر ، وتقدير التعويض عن الضرر الواحد تقديرا محددًا ، بحيث يكون لكل جرح من الجروح أو عضو من الأعضاء أو أية إصابة أخرى ارش مقدّر لا يختلف من شخص الى آخر ، فالأضرار المتماثلة تقتضي جوابر متماثلة ، وقد اتجه القانون الانجليزي الى الاعتراف مؤخرًا ببعض التعويضات المقدرة اذ ينص قانون : Administration of justice Act الصادر عام ١٩٨٢م على تقدير التعويض من الشهور بالحرمان لفقد أحد الأقارب بثلاثة آلاف وخمسمائة جنيه استرليني (٢) .

(١) د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٩ ، د . عبد الحسي حجازي - السابق - ص ٥٠٢ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . محمد أحمد سراج - ضمان العدوان في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه من كلية دار العلوم جامعة القاهرة - ص ٤٣٧ - دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٠م وفي قضية : Cassidy. V. daily Mirror News papers Ltd. قدرت المحكمة الأضرار التي لحقت بالمدعية سنة ١٩٢٩م بخمسمائة جنيه استرليني نظرا لأن تلك الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تعلّقن خطبتهما ، وهو ما يتضمن طبقا لأعراف البلاد ان هذا الرجل أعزب ، مما يعني أن المدعية ، وهي تعيش معه ليست الا خادمة أو خلية ، المرجع نفسه - ص ٥٠٢ .

٤٢٠ - تقدير هذا الاتجاه :

وهذا الاتجاه منتقد لدى كثير من القانونيين ، ولا يرون فيه خيرا كثيرا ويعتبرونه مخالفا لطبيعة التعويض في الضمان ، فمن الواجب أن يتم التعويض بالمرونة في الاستجابة لمتطلبات المتضرر واحتياجاته . ومعاناته الخاصة ، بدلا من وضع هذه الاحتياجات في قوالب جامدة لا تناسب اختلاف الظروف وتنوع الأحوال ، وقال أحد القضاة تعليقا على الحكم المقرر بقانون ١٩٨٢ م : ان الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لا يمكن التعويض عنه ، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست الا اهانة لمن يعانيه سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات ، أو عشرة ملايين ، ويعترف هذا القاضي بأن الغالبية لا تؤيد رأيه بدليل اقرارها بهذا القانون ، ومع ذلك فانه يرى أن تقدير المشرع للتعويض من هذا الضرر أولى من القاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب في التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة (١) .

٤٢١ - وفي رأينا ان الاتجاه للتحديد مقبول اذا التزم في تحديده بمقدار الديات والأروش المقررة للجناية على النفس أو ما دونها في التشريع الاسلامي ، لأن التحديد يقرر مبدأ المساواة بين بني الانسان ، وهو ما قرره شريعة الله الخالدة ، لكن أعماله في مجال الأموال سينطوى على مفارقات تقدر في صلاحيته ، ولقد كان هدف القضاء الانجليزى من تقدير الأضرار التي لحقت بالمجنى عليه في الحاضر والمستقبل بـ مبلغ مقطوع Lump Sum وجملة واحدة تحقيق أكبر قدر من الملاءمة بين التعويض والضرر مع وصول المضرور الى حقه في التعويض بسرعة ، وعلى الرغم من يسر ترديد عبارة المبلغ المقطوع الا أن تطبيقها في الواقع - فيما لاحظ الاستاذ (دياس Dias وزميله) - أمر صعب للغاية إذ لا حيلة للقاضي في حساب الأرباح التي كان المصاب سيجنيها في المستقبل لولا هذه الاصابة الا من خلال الظن أو التخمين . Guessing game . وهي محفوفة بالمخاطر ولا تستند الى قواعد حقيقية .

(١) د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٤٣٧ .

وقد أشير في معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع، الى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم أو انخفاضها، كما أشير الى احتمال تغير اصابة المجنى عليه بالبرء أو بالسراية، ومسح ذلك فقد كان المتبع أن يقدر القاضي شيئاً لا يتغير بعد ذلك بتفسير الظروف بحكم اعتباره تقديراً نهائياً (١).

ولقد لفتت هذه الانتقادات انتباه (السورد ديننج Donning R. M.) بقية، فحاول عام ١٩٧٩م اقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع في تقدير التعويض عمن الأضرار التي لحقت بالمجنى عليه في الماضي ويحتمل معاناته منها في المستقبل تعويضاً مؤقتاً، يحق للمحكمة أن تتدخل في المستقبل لتعديل تقديره والتغيير فيه بحسب ظروف المجنى عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعاً عند نظر القضية، وعلى الرغم من تقديم المحكمة لهذا الاقتراح الذي اعتبرته طيباً وملفتاً للنظر، فإنها لم تأخذ به لعدم دقته فيما تصورته هذه المحكمة، ولحاجته الى تدخل السلطة التشريعية لقراره، ومع ذلك تأثرت المحاكم في عملها بمضمون هذا الاقتراح، حيث عمدت الى تأجيل ما تؤول اليه، لكن هذا الحل قد أدى بالتالي الى طول أمد التقاضي (٢).

-
- (١) المرجع السابق - ص ٤٦٠ .
(٢) المرجع والمكان السابقان ، ومن المعروف انه قد اقترح عام ١٩٧٤م نظام الفصل في المحاكمة بين اجراءات المحاكمة وتقدير الضمان ، لكن هذا الاقتراح قد باء بالفشل لأنه يسبب طول أمد التقاضي ، ولم تأخذ به لجنة بيرسون Pearson . في توصيتها بالقضاء نظام التقدير المقطوع وابداله بنظام التقسيط في دفع التعويض ، راجع في هذا المعنى :

Dias and Markesinis, Tort law , P. 401 ,

Clarendon Press, Oxford, 1984.

وقد تطور حل هذه المشكلة واستقر نهائيا بصدور قانون سنة ١٩٨٢ الذى أقر نظام التعويض المؤقت ، وبسقتضاه أصبح من حـسـق المـضـرور أن يطالب بحقه في التعويض عن الخسائر الحالة به فعلا ، وأن يطالب في المستقبل بالخسائر التي تحل به فيما بعد .

وهذا الذى انتهى اليه القانون الانجليزى ، هو الذى استقر عليه العمل في القانونين الفرنسى والمصرى منذ فترة طويلة ، كما أنه هو الذى يؤيده الفقه^(١) ويتواءم مع المصلحة على نحو ما سنرى .

٤٢٢ - الاستعانة في تقدير التعويض بالكسب الفائت :

ويبدو أن النقد الذى وجه الى التحديد النهائى والبنات لمقدار التعويض قد لفت الأنظار الى اتجاه آخر يتوخى التحديد ، لكنه لا يقره ابتداءً ، وإنما يضع معيارا يوصل اليه ، ويلاحظ أن هذا المعيار ، وان كان سيوصل الى تحديد معين لمقدار التعويض ، إلا أنه سينتهى الى تفاوت كبير ينافى به تماما الاتجاه الأول ، ويقوم هذا الاتجاه على النظر الى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض ، حيث يحسب على أساس معدلات الكسب السابقة على الاصابة ، وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع هذه الاصابة ، ويعنى ذلك : ان التاجر الذى يصاب وهو في سن الخمسين باصابة تمنعه من العمل ، وتلزمه بيته ، سيأخذ تعويضا يقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله ، فاذا كان يكسب مائة قبل الاصابة ، أعطى نسبة كبيرة منها ، ويختلف ما يستحقه ضمانا اذا كان ربحه أكثر من مائة أو أقل منها ، ويقدر الواجب في مقدار مقطوع على أساس ضرب مقدار هذا الربح في عدد السنوات التي يتوقع لمثله الاستمرار في مثل هذا العمل (٢) .

(١) راجع في هذا المعنى : حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٥٦١ ، ود . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٥٤٢ ، د . توفيق حسن فرح - السابق - ص ٣٦٨ ، د . اسماعيل غانم - السابق - ص ١١٤ ، د . جميل الشرقاوى - السابق ص ٥٠٤ .

(٢) د . محمد أحمد سراج - السابق - ص ٤٣٧ .

٤٢٣ — تقييم هذا الاتجاه :

وقد انتقد هذا الاتجاه بحق بأنه يهدر معنى المساواة في تقدير التعويض عن الضرر المماثل ، كما أن التعويض بناءً على الكسب الفائت سيشجع المصابين وأقربائهم على التبطل ، فالزوجة التي أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لا تفكر في العمل ولو كانت صغيرة ، وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور ، بخلاف ما لو عسوز عن الإصابة بمقدار مقطوع ، فإن الأغلب أن يعود الى عمله اذا استطاع ذلك ، كما أن التضخم النقدي وهو ذو تأثير كبير على قيمة التعويض لن يدخل في تقدير القضاء عند حساب القيمة ، ومن ثم كان هذا المعيار مضطرباً ولا يستند الى منطق أو عدل (١) .

هذا بالإضافة الى ما ينطوي عليه هذا المعيار من عسف وتحكم ، لأنه يقيم أساسه على أمر غير متيقن ، وهو مقدار ما كان يمكن أن يعيشه المجنى عليه ، مع أن مسألة الأعمار هذه من اختصاص الله عز وجل ، ومن ثم كان الأساس الذي يقوم عليه هذا المعيار مظنوناً .

٤٢٤ — ثانياً : تردد التعويض بين التقدير والمبالغة :

كما لوحظ على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي انه يميل الى التخفيض المبالغ فيه تارة ، ثم يجنح الى الزيادة المبالغ فيها تارة أخرى ، كما لو كان هناك رد فعل شديد بين النقص والزيادة ، فقد لوحظ ان مبالغ التعويض التي تقدرها المحاكم الفرنسية تبدو في مجموعها منخفضة اذا ما قورنت بالأرباح التجارية ، التي تعود على المعتدين على الحقوق الادبية ، خاصة ما يتعلق بتعدي الناشرين على حق الخصوصية (٢) .

(١) المرجع السابق - ص ٤٣٩ .

(٢) في هذا المعنى : د . حسام الدين الأهواني - السابق -

ص ٤٤٥ .

ويبدو أن ما طرأ على المسؤولية المدنية بصفة عامة من تطورات اجتماعية حدثت بالقضاة إلى التخفيف من فلول المبالغة في التعويض، والعدول في تقديره من مجال التعويض الكامل إلى مجال التعويض العادل ، قد حدا بالقضاة الفرنسي نحو هذا المسلك الذي يتسم بالتخفيف في تقدير التعويض بصفة عامة ، أو لعل العقبة القانونية الأساسية في سبيل الاعتداد بالربح عند تقدير التعويض تكمن في أن التعويض يكون بقدر الضرر فقط ، فلسنا بصدد أعمال نظرية الاثراء بلا سبب حيث نجرى مقارنة بين الافتقار والاثراء ، فيعتد بأقل القيمتين ، ففي مجال المسؤولية بقدر التعويض بمقدار الضرر ، دون الاعتداد بالنفع الذي عاد على المسئول (١) ، ومع أن في السلطنة التقديرية للقاضي ما قد يمكن به تخطي تلك العقبة ، إلا أن الفقه وهو بصدد انتقاد هذا المسلك بدأ يرجع الاتجاه نحو العقوبة في التعويض ، ليكون التعويض جزائياً ، على غرار ميثاق حقوق وحريبات الأشخاص الصادر في ولاية كيبيك بكندا ، والذي ينص في المادة (٤٩) منه ، على أنه في حالة الاعتداء العمدى على حق من الحقوق التي يحميها الميثاق (وهي بالطبع حقوق غير مالية) فإن المحكمة يجوز لها أن تحكم على المعتدى بتعويضات جزائية أو انتقامية ، حتى لا يكون التعويض بقدر الضرر ، وإنما يزيد عنه ، تحقيقاً لعنصر الردع ، لأن مبلغ التعويض كلما كان ضئيلاً ، كلما كان ذلك مشجعاً للمعتدى على الحقوق الأدبية ، ومنها حق الخصوصية ، فقانون المسؤولية المدنية ، لا يستهدف التعويض ، وإنما يستهدف معه فرض احترام القواعد الأساسية اللازمة للحياة في المجتمع (٢) .

٤٢٥ — فكرة التعويض المشدد :

وقد انتقدت فكرة التعويض الجزافي على أساس أن المضرور يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه ، وهذا مخالف

(١) المرجع السابق - ص ٤٤٩ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

لما استقر عليه الفقه (١) ، ولو كان الأمر أمر عقاب لكان من الواجب أن يؤول مبلغ التعويض للدولة (٢) ، ومن ثم بدأ جانب كبير من الفقه ينادى حالياً بأعمال فكرة التعويض المشدد .

.. والتعويض المشدد يقضى بأن يفرض المشرع مبلغاً أو حداً أدنى من التعويض قد يكون عن كل يوم وضعت فيه أجهزة التلصص على الحياة الخاصة ، أو امتنع فيه رئيس تحرير الجريدة التي نشرت مسايس سمعة الانسان أو شرفه عن نشره ، ويحدد هذا المبلغ جزافاً ، ولكن ليس على سبيل العقوبة ، وإنما على سبيل الاعتراف من المشرع بخطورة الضرر ، كما أن هناك حداً أدنى من الألم لا بد وأن يعاني منه أى انسان ، وهذا الاتجاه هدفه فرض احترام الحقوق الأدبية على المعتدين وحماية أهم قيمة من القيم الانسانية والاجتماعية ، وهكذا نلص مدى الجنوح نحو التشديد الذى بدأ من التساهل والتخفيف في مقدار التعويض عن الضرر الأدبي ، وهو مظهر من مظاهر تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية .

(١) د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٩ ، د . عبد الحسى خجازى - السابق - ص ٥٠٩ .

(٢) د . حسام الدين الأهوانى - المرجع نفسه - ص ٤٥٠ .

(الفرع الثاني)

معايير التقدير المقبول لتعويض الضرر الأذني

٤٢٦ - من الأهمية بمكان أن يهتم الفقه بوضع المعايير التي بمقتضاها يكون التعويض عن الضرر الأذني محققا للغاية المرجوة منه كجزاء تعويضي يحقق في نفس المسئول الشعور باحترام الحق المعتدى عليه ، دون خلط بين الصفة التعويضية ، والصفة العقابية فيه ، خاصة وإن المعمول عليه في تقدير التعويض للقاضي وهو بشر ، يمكن أن يقسح أسيرا للضغوط النفسية أو الظروف الاجتماعية ، التي قد تحول بينه وبين ادراك التناسب بين الضرر وما يعوضه ، والفقه يعول بصفة خاصة عند تقدير التعويض على ثلاثة أمور هي : عناصر التعويض ، ومقداره ، والظروف الملازمة .

٤٢٧ - أولا : عناصر التعويض في الضرر الأذني :

يركز الفقه بصفة عامة على أن التعويض يجب أن يقدر بقدر الضرر المباشر ، يستوى في ذلك أن يكون الضرر ماديا أم أدبيا ، وسواء كان حالا ، أو مستقبلا ما دام محققا ، ولا يشمل التعويض الضرر غير المباشر .

والضرر غير المباشر هو الذي يستطيع المعتدى عليه أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ففي مجال التعدي على حق الإنسان في سلامة جسمه ، لو أن شخصا جرح آخر في اشتباك أو مضاربة ، وكان من الممكن للمضروب أن يضع حدا للضرر بالمبادرة للعلاج ، على نحو صحيح يوقف سريان الجرح ، لكنه أهمل في ذلك ونشأ عن إهماله زيادة الضرر ، فإن ما زاد عن الضرر الذي أحدثه المسئول ، يعتبر ضررا غير مباشر ولا يدخل في تقدير التعويض ، لأن المعتدى عليه كان من الممكن أن يتوقاه بالعلاج الصحيح ، لكنه أهمل ، وإهماله خطأ ، ومن المفروض أن المخطئ لا يستفيد من خطأه (١) .

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٦ .

ولكن ما هو معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر ؟ ، اجابت من ذلك المادة ١/٢٢١ مدنى بقولها : " . . ان الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ ، وهو يعتبر نتيجة طبيعية ، اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه بهذا جهـد معقول واصطلاح : النتيجة الطبيعية ، أقرب الى المقصود من اصطلاح الضرر المباشر (١) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ٨ يونيو سنة ١٩٥٣ م : " بأنه اذا أصيب المجنى عليه بجروح ، ثم أصيب أثناء علاجه منها بالتهاب رئوى حدث بسبب رقاذه على ظهره أثناء مدة العلاج مما أدى الى وفاته ، فانه تجب المسائلة عن هذه النتيجة ، كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ مايو سنة ١٩٣٣ م بأنه : " تتوافر المسئولية ولو كان المصاب قد اهل في علاج نفسه (٢) .

٤٢٨ — واذا كان التعويض يشمل الضرر المباشر ، فانه يجب أن يأخذ في اعتباره ما لحق المعتدى عليه من خسارة مادية لحقته أو كسب ضاع عليه (٣) ، فلو أن شخصا رمى صاحب مدرسة لتعليم البنات بأنه قواد ، أو نشر صورته وهو يدخل مكانا من الأمكنة الموبوءة ، فأنصرفت عنه الفتيات المتدربات ، واضطر الى افلاق مدرسته وبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ومقابل الاعلانات وما الى ذلك ،

(١) د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٣٥ ، د . محمد لبيب شنب - السابق - ص ٣٦٦ ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٤٢٢ ، د . محمود جمال الدين زكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - ص ٦٩٤ ، د . توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - ص ٤٠٤ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - السابق - ص ٤٢٢ وما بعد ها .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٣٦٥ وما بعد ها .

فلن يرفع ضرره عقاب من سبه ، وإنما يرفعه ايجاب الضرر على من تسبب فيه ، ويرى بعض الباحثين انه يجب لجبر هذا الضرر : ان علسى الشاتم أن يتحمل ما فات من كسب المشروع مدة عام أو عامين ، حسب تقدير القاضى ، لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الاشاعة أكثر من ذلك ، ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لافلاقها ، فان هذا النقص يقسدر ويحمل على المعتدى ، فان تعطيل متعة المدرسة باشاعة سوء أخلاق مديرها من التسبب في اتلاف منافعها ، فيضمنها المعتدى (١) .

٤٢٩ — كما يجب أن يشمل التعويض كل الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ، فإذا اضر ب شخص آخر مريضا بالقلب ، فقضت عليه هذه الضربة مع أنها لم تكن لتؤدى الى وفاته لولا اصابته بهذا المرض ، كان الضارب مسئولا مدنيا عن الوفاة - ولو كان بسبب جهله اصابة المجنى عليه بهذا المرض - لم يتوقع ولم يكن في وسعه أن يتوقع أن تؤدى هذه الضربة الى حدوث الوفاة (٢) .

ويجب في الحكم الصادر بتقدير التعويض أن يبين عناصر الضرر المطلوب عنها التعويض ومناقشة كل عنصر من هذه العناصر ، حتى تستطيع محكمة النقض أن تتحقق أن كل عنصر أدخلته محكمة الموضوع في تقدير التعويض تتوافر فيه الشروط القانونية لتعويضه ، وبخاصة كونه ضررا مباشرا ، وان تلك المحكمة لم تغفل في تقديرها التعويض عن عناصر الضرر المباشر الذى كان المضرور يستحق تعويضها عنها ، ولا يلزم أن تقدر المحكمة تعويضا خاصا عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض ، بل يجوز لها أن تحكم بتعويض اجمالى عن جميع العناصر التى يستحق المضرور تعويضا عنها ولا عليها ان قدرت تعويض الضرر الأدبى والضرر المادى بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما علسى حدة (٣) ، وقد قضت محكمة النقض المدنى في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ،

(١) د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٥٠١ وما بعدها .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٣٨ .

(٣) المرجع نفسه - ص ٥٣٩ .

بأنه : " إذا أوضح الحكم في أسبابه عناصر الضرر الذي لحق المطعون عليه بسبب خطأ الطاعن ، وبين وجه أحقيته في التعويض عن كل منصر منها فانه لا يعيبه تقدير تعويض اجمالي عن تلك العناصر ، اذ لا يوجد في القانون نص معين يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه " (١) .

وإذا وصف الحكم الضرر الذي قضى بالتعويض عنه بأنه ضرر أدبي فلا يجوز النعى عليه بأن الضرر المذكور ضرر مادي ، لأن هذا النعى غير منتج ما دام المضرور نفسه هو الذي يطالب بتعويض هذا الضرر (٢) .

٤٣٠ — ثانيا : مقدار التعويض في الضرر الأدبي :

والأصل الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساويا قيمة الضرر المباشر ، فلا ينقص عنها ولا يزيد (٣) ، ويبدو أن المراد بالمساواة هي المساواة التقريبية ، والا فان تعويض الضرر على نحو تحقيق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمرا بعيد الاحتمال ، ان المقصد من التعويض هو جبر الضرر كله بحيث يتحمل المعتدى نتائج التعدي ، ومن المعروف ان الاضرار تختلف فيما بينها في سرتقويمها فالاصابات البدنية أو الأدبية ، تنطوي على صعوبة بالغة في تقدير

(١) مجموعة أحكام النقض المدني ٢١ - ١١٨٩ - ١٩٤ ، وراجع في هذا المعنى : نقض مدني في ١٧/٤/١٩٤٧ ، فهرس أحكام النقض المدني في ربع قرن - ج ١ ص ٢٦١ ، ونقض مدني في ١٧/٣/١٩٥٢ م ، مجموعة أحكام النقض ٣ - ٦٩٣ - ١١٩ ، ونقض مدني ١٩/١٢/١٩٧٧ المجموعة - ٢٨ - ١٨٣٢ - ٣١٣ ، ونقض مدني في ٢٧/٣/١٩٧٩ م ، المجموعة ٣٠ - ٩٤١ - ١٧٥ .

(٢) نقض مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ ، المجموعة —————
١٦ - ٩٣٩ - ١٤٩ .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق ص ٥٤١ .

التعويض عنها ، وهو ما يجعل التعويض المساوى على نحو كامل نفسي مجال التطبيق العملى أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية ، اذ كيف يتسنى لقاض أو خبير أو عدد منهم أن يصل الى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان السئول . مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله واخفاقه أو نجاحه في هذا العمل ، ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية ، ان ما يعلنه التفكير القانوني الحديث من أن المقصد من وراء تقرير التعويض هو محو آثار العدوان كلية ورفع الضرر بالكامل ، والعسودة بالمتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمر غير مسلم به على اطلاقه (١) .

ومن ثم وجب أن يصرف معنى التعويض الى المعنى التقريبي له ، وليست المساواة المطلقة بينه وبين الضرر ، وفي اطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضى التعويض تقديرا يكفى لجبر الضرر واعادة المضرور الى حالة قبل حالته التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار ، على أن يقترن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر ، ومؤدى ذلك ان يقدر التعويض بقيمة الضرر كما آل اليه وقت الحكم بحسب ما اذا كان قد تفاقم أو تناقص ، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت (٢) وقد نصت محكمة النقض على ذلك في حكم لها جاء فيه : " اذا كان

(١) في هذا المعنى : د . محمد أحمد سراج - المرجع نفسه - ص ٤٣١ وما بعدها .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٤٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٢٣ وما بعدها ، د . محمد كامل مرسى - في الالتزام - ج ٢ - فقرة ٩٨ - طبعة ١٩٥٥ ، د . أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - فقرة ١٩٥ - طبعة ١٩٨١ ، والوسيط للسنهوري - السابق - ص ٩٧٧ ، د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٥١٣ ، حيث أشار الى اتجاهات الفقه في كل من فرنسا ومصر الى الوقت الذى يجب أن يعتد فيه بتقويم الضرر ، وراجع : د . عبد السرازق حسن فرج - السابق - ص ٩٦ .

الضرر متغيراً ، تعين على القاضى عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر . لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم مراعيًا التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنات ما كان سببه ومراعيًا كذلك التغيير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقص أو انخفاضه ، وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . . . الى أن قالت المحكمة : وهذا النظر في جملته مؤيد بالمادة (١٩٣) مرافعات فيما تجيزه من إضافة التعويض المستجد من تاريخ الحكم الابتدائي السى التعويض الأصلي استثناء من القاعدة التى تمنع من قبول طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف " (١) .

ویدخل هذا التقدير في سلطة قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض إلا إذا بنى على أسباب غير سائغة ، ولا يجوز أن يقدر التعويض بأقل من قيمة الضرر إلا إذا وجد القاضى مسوقاً لذلك كما نسي إصابات العمل حيث حدد المشرع التعويضات المختلفة تحديداً جزائياً قد لا يصل الى جبر كل الضرر وكما في حالة الخطأ المشترك حيث يتمين خفض مقدار التعويض بقدر مسئولية المصاب نفسه ، واشترأك في حدوث الضرر ، ويجوز للقاضى أن يحكم بتعويض مؤقت عند عدم تبيينه مدى الضرر

(١) حكم محكمة النقض في ١٧ إبريل سنة ١٩٤٧ م ، مشار اليه في حسين طامر وعبد الرحيم عامر - المسئولية المدنية - ص ٦١ وما بعدها . وبلاخط أن ربط التعويض بارتفاع ثمن النقص وانخفاضه ، وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر ، هو الذى الجأ المحاكم الفرنسية - حتى تضمن استمرار التعادل بين الضرر والتعويض - أن تربط الأيراد المرتب بمقياس أسعار المعيشة ، بحيث يرتفع مقدار الأيراد المرتب مع ارتفاع معدل الأسعار . راجع : د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٤٢ ، هاشم (٨٢) ، د . توفيق حسن فرج - السابق - ص ٣٦٨ ، د . جميل الشرفاوى - السابق - ص ٥٠٤ ، د . اسماعيل قائم - السابق - ص ١١٤ .

المستقبل قبل تحققه ، ويكون للمصاب الحق في استكمال به تحقق زيادة الضرر وفقا لما تنص عليه المادة (١٧٠ مدنى) . وكذلك الأمر اذا طلب المضرور الحكم له بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ بحقه في التعويض الكامل (١) .

وكما لا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر ، كذلك لا يجوز أن يفيد المضرور من الفعل الضار تعويضا أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو يجعله في حال خير من الحال التي كان عليها قبله . لما هو مقرر من عدم جواز اثراء المضرور على حساب المسئول (٢) .

٤٣١ — ثالثا : مراعاة الظروف الملائمة في تقدير التعويض :

ومن العوامل التي تؤثر في تقدير التعويض من الضرر الأدبى الملائمات التي تصاحب حصوله ، والظروف التي ينشأ فيها ، ذلك انه رغم ما توصى به نصوص القانون ، وما استقر عليه الفقه التقليدى من أن التعويض يجب أن يكون كاملا ، إلا أن القضاء استنادا منه إلى سلطته المطلقة في تقدير التعويض دون رقابة من محكمة النقض، يتجه مع ذلك الى جبر الضرر بتعويض عادل وليس بتعويض كامل ، وذلك من خلال مراعاة الظروف الملائمة ، بما تتضمنه من اعتداد بثروة الطرفين ، وعدم جسامه الخطأ ، وسلوك المعتدى عليه تجاه المعتدى .

٤٣٢ — أ — أما عن الاعتداء بثروة الطرفين :

فانه رغم أن العبداء التقليدى يقضى بأن وظيفة التعويض هى جبر الضرر وليس عقاب المسئول ، وبالتالي لا يعنينا أن يكون المسئول

(١) د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٥٤٥ ، والأحكام المشار إليها في الهامش .

(٢) د . أنور سلطان - المرجع نفسه - ص ٣٥٩ ، د . عبد الحسى حجازى - المرجع نفسه - ص ٥٠٩ ، والوسيط للسنبورى - السابق - ص ٩٧٢ ، د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٤٦ ، د . احمد حشمت أبوستيت - السابق - ص ٤٦٠ ، د . عبد المنعم فرج الصده - السابق .

أو المضرور فقيراً أو غنياً ، أو أن يؤدي التعويض إلى انهيار المسئول أو يكون غير ذي أثر عليه ، أو يكون قليل القيمة بالنسبة إلى ثراء المضرور ، إلا أن الواقع العملي يدعو القضاة إلى الاعتداد بثروة طرفي المسئولية عند تقدير التعويض (١) ، باعتبار أن هذه المسألة تحكمية تخضع لتقديرهم ، وخاصة فيما يتعلق بتعويض الضرر الأدهى ، حيث لا يتقيد القاضي بمعايير مادية ، وحيث لا يتعلق الأمر بضرر مالى يقبـل التقييم (٢) .

ويبدو أن التأثر بمدى ثروة المضرور والمسئول عند تقدير التعويض يلقي سندا تشريعياً في القانون المصري ، ذلك أن نص المادة (١٧٠) مدني يقضي بأن يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة ، وقد مر هذا النص بعدة مراحل فسي صيافته ، وفي البداية كان يتضمن : " وجوب مراعاة الظروف ودرجـة الخطأ " (٣) ، ثم استبدلت هذه العبارة ، بعبارة الظروف الملائمة ،

(١) د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٣١٧ - والمراجع المشار إليها فيه .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، ومازوتتك - المرجع السابق - ج ٣ .
فقره ٣١٤ - ومارتى وريـنو - السابق - فقرة ٥٣٩ .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٥٠ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ١ - فقرة ٦٥٦ هامش (١) ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسئولية المدنية - ص ٥٦٢ .

وروى الاستاذ الدكتور السنهوري أن المراد بالظروف الملائمة هي الظروف التي تلائم المضرور ، وليست الظروف التي تلائم المسئول ، فيجب أن يدخل في اعتبار القاضي ما أصاب المضرور وما أفاده بسبب التعويض دون اعتبار لظروفه على الخلاف في الرأي بالنسبة لجسامة الخطأ ، السنهوري - السابق - فقرة ٦٤٨ - وقارن : د . سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ٥٥٢ .

لأن جسارة الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف ، وقد ورد في المذكرة
الايضاحية : يكفي أن يشار في هذا المقام الى أن التعويض يتنسأول
ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب متى كان ذلك نتيجة مألوفة
للفعل الضار ، وينبغي أن يعتد في هذا الشأن بجسارة الخطأ ، وكل
ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف " (١) ، وظروف التشديد
والتخفيف إذا لم تكن في جسارة الخطأ ، فانها لا تتصور الى جانب
ذلك الا في مدى ثروة المسئول والمضروب ، ولذلك فان القضاء يمكن
التصريح بمسلكه الواقعي من اعتداده بثروة المسئول والمضروب للوصول
الى عدالة التعويض دون خشية الخروج على روح القانون أو التعسرس
لنقص الحكم (٢) .

٤٣٣ - ب - الاعتداد بدرجة الخطأ :

كما ينبغي أن يعتد في تقدير التعويض بدرجة الخطأ ، فإذا
كان الخطأ بسيطاً ، فان المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف والاعتدال
في التعويض ، رغم انكار الفقه لهذا المسلك الذي ينطوي على محاسبة
المسئول على حساب المضروب بسبب عدم جسارة الخطأ ، فيحرم من جزء
من التعويض لسبب لا يد له فيه ، وهذا المسلك لا يملك الفقه فسي
اجماعه الا التسليم به ، وخاصة في مجال التعويض عن الضرر الأدبي ،
ومن ثم يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض مدى انتشار
الوسيلة الاعلامية التي تم عن طريقها التعدي على الحق الأدبي
كالمساس بالسمعة أو الخصوصية (٣) .

- (١) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩٢ .
- (٢) د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٣٢٠ .
- (٣) د . حسام الدين الأهواني - السابق - ص ٤٤٥ ، وراجع فسي
هذا المعنى :
د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٣٢١ ، والوسيط
للسنهوري - السابق - فقرة ٦٤٨ ، د . عبدالمنعم فرج الصده -
مصادر الالتزام - ص ٥٢٢ ، حيث يقرر مدى اعتبار درجة
الخطأ ، د . أحمد حشمت أبوستيت - مصادر الالتزام -
ص ٤٦٠ - طبعة ١٩٥٤ م ، د . اسماعيل قانم - السابق -

على أن هذا المسلك من جانب القضاء ، لا يبرره حريته المطلقة في تقدير التعويض بل انه ليستخدم هذه الحرية كوسيلة لتحقيق هدف معين هو عدالة التعويض ، فالفقه اذ يتناول تخفيف التعويض في حالة الخطأ اليسير بالنقد وعدم العدالة ، فانه يراعى اعتبار الضرر فحسب مع اتخاذ موقف من المسئول الذي ما فتى بوصف في الفقه التقليدي بأنه مذنب ، سلك طريق الشر فوجب أن ينال جزاءه كاملاً ، مع أن العدالة يجب أن تكون مشتركة بين المسئول والضرر ، وهذه النظرة الفقهية التي تقوم على التفرق بين طرفي المسئولية رسخت بسبب التفرقة بين المسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية مع أن أساس المسئولية المدنية تطور في عهده ، وانتقل من الفكرة الاخلاقية الى الفكرة الاجتماعية التي تعنى أن كون الفرد مسئولاً ، لا يعنى أنه ارتكب عملاً ملوماً من الناحية الاخلاقية (١) ، ان الخطأ اليسير الذي كان من الممكن تحاشيه بسهولة بعد ارساء قواعد المسئولية المدنية في مطلع القرن الماضي ، أصبح اليوم من مستلزمات النشاط بحيث لا يمكن القضاء على الخطأ اليسير الا بايقاف نشاط المجتمع ، هذا بالاضافة الى تشابك المعاملات ، والتوسع في النشاط الصناعي والنقل واستخدام قوى الطبيعة ، فان كل ذلك قد جعل من غير المقبول القول

السابق - ص ١١٥ ، د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٥٩ .
وراجع : د . سليمان مرقس - السابق - ص ٥٥٢ ، حيث يرى :
ان قصد المشرع واضح في وجوب اقامة وزن في تقدير التعويض لجسامة خطأ المسئول كما كانت تفعل المحاكم في ظل التقنين الملقى ، وكذلك لكل ظرف ملائس للفعل الضار تقضى العدالة بوجوب مراعاته في تقدير التعويض ، سواء كان هذا خاصاً بالضرر أم بالمصاب ، سواء كان مما يوجب التشديد أو التخفيف ، فيصح أن يقام وزن في تقدير التعويض ليس لما عاد على المسئول أو للضرر من فائدة بسبب الفعل الضار ، بل للحالة المالية لهما أيضاً .

(١) د . محمد ابراهيم دسوقي - المرجع نفسه - ص ٣٢٤ .

بأن الضرور لم يساهم بفعله في وقوع الضرر ، كما أن تلك التطورات الحديثة للمسئولية المدنية تحيّد نوعاً من المشاركة في تحمل الأضرار بين الضرور والمسئول للتطور الاجتماعي الذي حصل ، والذي جعل من الخطأ اليسير أمراً لا يمكن تحاشيه ، وتشديد التعويض معه سيكون مرهقاً لمن يباشرون نشاطاً ضرورياً ونافعاً للمجتمع كالنقل أو الصناعات الخطرة ، ومن ثم كان الاعتداد بمدى جسامه الخطأ فسي تقدير التعويض أمراً مقبولاً (١) .

٤٣٤ — ج - الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه :

كما أن القاضي وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ، لن يستطيع تجاهل الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه فسي الضرر الأدبي ، حسبما تقتضيه المادة (١٧٠ من التقنين المدني) ، فالضرر الأدبي الذي يصيب شخصاً عادياً يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزاً اجتماعياً أو أسرياً مرموقاً ، وكذلك الضرر الأدبي الذي يصيب شخصاً لا يمارس التجارة أو لا يحتل مركزاً مالياً معروفاً يختلف عن غيره ممن يصيبه الضرر الأدبي في مقتل حيث يأتي على مركزه المالي

- (١) المرجع السابق - ص ٣٢٤ - وما بعدها ، وقارن د. أنور سلطان - المرجع والمكان السابقان ، حيث
- يقرر أنه : وإن كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض ، هي عدم الاعتداد بجسامه الخطأ لأن المسئولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسئول بل تعويض الضرور ، إلا أنه من الناحية العملية ، ونزولاً على مقتضيات العدالة يدخل القضاء في حسابه عادة عند تقدير التعويض درجة جسامه الخطأ الواقع من المسئول ، ومع ذلك فهناك حالة يعتد فيها بجسامه الخطأ ، وهي حالة تعدد المسئولين ، فإذا تعدد المسئولون عن الضرر ، وكان من بينهم الضرور جاز توزيع المسئولية فيما بينهم بحسب جسامه الخطأ الواقع من كل منهم (المادتان ١٦٩ ، ٢١٦ مدني) .

بالإضافة الى مركزه الأدبي (١) ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمهنة ودرجة الثقافة ، في كل هذه الأحوال وما إليها يجب على القاضى أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضرور فيكون التقدير ذاتيا ، حتى يتسم بالواقعية (١) .

.. كذلك أيضا بعد سلوك المعتدى عليه ما يمكن أن يدخل في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الذى أصابه ، فلو أن المجسنى عليه ، قد شجع بمسلكه على الاعتداء على حقه الأدبي ، فإن الضرر الذى يصيبه سوف يكون أقل من يحرص على المحافظة على حقوقه الأدبية، وهذا التفاوت في التقدير مما يتواءم مع المنطق ، لأن من فرط في حق نفسه ، لا يكون حريا بحفظ الغير له (٣) .

وإذا كان التعويض يقاس بمقياس الضرر الذى أصاب المضرور ، فإن الظروف الشخصية التي تحيط به ينبغي أن يكون لها اعتبار فسي تقدير التعويض ، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية ، فمن كان عصبيا فإن الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصا سليم الأعصاب ، ومن كان مريضا بالسكر ويصاب بجرح ، فإن هذا الجرح تكون خطورته أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (٤) .

-
- (١) ومثل ذلك اطلاق اشاعة كاذبة عن امانة شخص وهو على وشك انجاز صفقة هامة فتؤدى الى عدم اتمامها .
راجع : د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٥٠١ ، د. توفيق فرج - السابق - ص ٣٦٨ ، د. اسماعيل قانم - السابق ص ١١٦ .
- (٢) حسين عامر وهب الرحيم عامر - السابق - ص ٥٤١ وما بعد ها ، د. عبدالمنعم فرج الصدة - السابق - ص ٥٢٢ ، د. سليمان مرقس - السابق - ص ٥٤٨ وما بعد ها .
- (٣) في هذا المعنى : د. حسام الدين الاهوانى - حق الخصوصية - ص ٤٤٥ .
- (٤) راجع في هذا المعنى : التعويض عن ضرر النفس في القانسون الوضعى والفقهاء الاسلامي - للدكتور سعيد عبدالسلام - ص ١٨٤ وما بعدها - مؤسسة شباب الجامعة سنة ١٩٩٠ م .

كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعسول زوجة واطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول الا نفسه ، ويدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المالية ، وليس ذلك معناه أن المضرور اذا كان غنيا كان أقل حاجة الى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد سواء أصاب غنيا أو فقيرا ، وان الذى يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقت به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد .

كما يدخل أيضا في الاعتبار حالة المضرور المهنية ، فالحريرق الذى يصيب بناءً اتخذته تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضررا أشد مما يصيب شخصا اتخذته مسكنا له ، ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فمرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامي (١) ، كما أن أقل تشويه في الوجه قد يصيب مذيعة تلفاز بضرر أكثر من عاملة مصنع ، وضعف البصر قد يصيب الرسام أو الساعاتى بضرر أكثر من يعمل بمهنة أخرى وهكذا (٢) .

(١) المرجع السابق - ص ١٨٥ - هامش (٤) .

(٢) د . محمود جمال الدين زكى - مصادر الالتزام - فقرة ٢٢٨ - طبعة ١٩٦٨ م .

(المبحث الثاني)

كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤٣٥ — تقدير التعويض هو الأداة الرئيسية لتحقيق العدل ، وبعث الطمأنينة في النفس ، ونزع الغل من القلب ، ولهذه العوامل أثرها في استقرار حياة الأفراد والمجتمع ، وأداة يترتب عليها مثل تلك الآثار الخطيرة ، لم يشأ التشريع الاسلامي أن يترك الاستعداد بها لجهة واحدة ، وإنما وزع اختصاصاتها على جهات متعددة بما يمكن معه تحقيق غايات التعويض في أبلغ صورة وأحسن حالة . ولذلك كان تقدير التعويض في بعض صور الضرر الأدبي لنص الشارع ، أو لحكومة العدل ، وفي بعضها الآخر لارادة الطرفين ، ويمكن ارجاع هذه الوسائل الى وسائل ارادية ، ووسائل غير ارادية .

(الفرع الأول)

التقدير غير الإرادي لتعويض الضرر الأدبي

والوسائل غير الارادية تتمثل في تقدير التعويض بنص الشارع ، أو تقديره من خلال حكومة العدل ، حيث لا دخل لارادة المضرور أو المعتدى في التقدير .

٤٣٦ — أولاً : تقدير التعويض بنص الشارع :

ينبغي ونحن نبحث عن كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ، أن نستبعد من مجال دراستنا ، الجزاءات الجنائية ، وبصفة خاصة القصاص ، لأن محل دراستنا هي الجزاءات التعويضية التي تقوم على تقدير ما يقابل الضرر المعنوي الذي أحدثه المسئول للمضرور ، والجزاء الجنائي يغلب عليه طابع الردع ، لأن المعتدى عليه قد لا يرى تنفيذه في حال فوات نفسه بالجناية ، إذ الميـسـت

لا يستفيد من القصاص شيئاً وإنما الذى يستفيد منه هو المجتمع ، حيث يحفظ عليه أمنه وحياته ، فالقصاص من هذه الناحية يغلب عليه الطابع العام ، والتعويض يغلب عليه الطابع الخاص ولذلك ينبغى أن يتحدد مجال الدراسة باطاره .

٤٣٧ — مجال تقدير التعويض بنص الشارع :

ومجال تقدير التعويض بنص الشارع مرتبط بالعدوان على حق الانسان في سلامة جسده ، لأن جسد الانسان وعاء لحياته ، والحياسة ملك لله عز وجل ، فكان من الملائم لذلك ، أن يقدر مدى ما يعرض اصابة ذلك الجسد الذى خلقه بقدرته ، وأوجد فيه من المكنات والمواهب ما لا يقدر أحد على منازعته فيها أو محاكاتها ، ان أحدا من البشر لم يستطع حتى وقتنا هذا ، ولن يستطيع أبدا أن يخلق انساناً أو حتى ذبابة ، لأن الخلق من اختصاص الله عز وجل ، فالله هو الخالق ، قال تعالى : " الله خالق كل شيء " وهو على كل شيء وكيل " (١) ، وقال تعالى : " هو الله الخالق البارئ المصور له الأسماء الحسنى " (٢) ، وقال تعالى : " ذلك الله ربكم خالق كل شيء " لا اله الا هو " (٣) ، وقال تعالى : " فتبارك الله أحسن الخالقين " (٤) ، وإذا كان الخلق من اختصاص الله عز وجل ، كان من مقتضى ذلك أن يكون له التفرد بتقدير ما يجبر التلف الواقع على البنية التي تألف منها صنعته ، ولذلك ورد تقدير التعويض من الأضرار التي تمس سلامة الجسد بنص الشارع ، ولذلك ورد النص على تقدير الدية وهي التعويض المقدر بالنص بدلا عن فوات النفس ، على النحو الذى ورد في كتاب الله الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، وعلى النحو الذى تكفلت ببيانه كتب الفروع .

(١) سورة الزمر - آية ٦٢ .

(٢) سورة الحشر - آية ٢٤ .

(٣) سورة غافر - آية ٦٢ .

(٤) سورة المؤمنون - آية ١٤ .

٤٣٨ — تعويض النفس والمنافع والأطراف :

أما بالنسبة لفوات النفس وتقويض البنية وضياع السلامة بالكلية ، فقد قدر الشارع لذلك الحق الفائت الدية كاملة ، والدية في اصطلاح الفقهاء : هي اسم لضمان يجب بمقابلة نفس الآدمي أو ما في حكمها من معاني النفس التي يجب بها دية كاملة (١) ، وقد ورد تقدير الدية في سنة النبي صلى الله عليه وسلم بأحاديث كثيرة أشهرها حديث عمرو بن حزم في الديات ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن كتاباً فيه الفرائض والسنن والديات ، وقد جاء فيه : " أن ميسن اعتبط مؤمناً قتلاً عن بيعة ، فانه قود الا أن يرضى أولياء المقتول ، وإن في النفس الدية مائة من الابل ، وفي الأنف اذا أوعب جدمة الدية ، وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي الممثلة خمس عشرة من الابل ، وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل ، وفي السن خمس من الابل وفي الموضحة خمس من الابل ، وإن الرجل يقتل بالمرأة وأن على أهل الذهب ألف دينار " (٢) .

(١) كلمة فتح القدير - ج ٨ - ص ٣٠١ ، وبدايع الصنائع - ج ٧ - ص ٢٥٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٦٦ ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٩٩ ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه - ج ٧ - ص ٢٢٨ .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن حبان وأحمد واختلفوا في صحته .

راجع : سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٤٦٨ ، ونيسل الأوطار للشوكاني - ج ٧ - ص ٦٤ وما بعدها ، جواهر الأخبار والآثار على البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٧١ - مؤسسة الرسالة بيروت .

وقد روى ان عمر قام خطيبا في الناس فقال : الا أن الابل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفا ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة (١) ، وأخرج أبو داود مثله عن جابر بن عبد الله قال : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الابل مائة مـن الابل . . . الخ" (٢) .

٤٣٩ — وقد دلت الأحاديث والآثار على أن ضمان النفس له مقدار محدد شرعا من المال ، وهو على نحو ما ورد في كتاب عمر و بن حزم : مائة من الابل ، أو ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة ، أو ألف شاة ، أو مائتا حلة ، وتجزئ في هذه الأشياء قيمتها ، كما قدرت للأطراف مقدارا معيناً ، والقاعدة فيه ان ما كان في البدن منه واحد ، نفى فقده كل الدية ، وما في البدن منه اثنان ، ففي التعدي على واحد منهما نصف الدية ، وما في البدن منه عشرة ففي ضياع احداها عشر الدية وهكذا ، أما معاني النفس كالشم والذوق والكلام ، والصلب ، وغيرها من المعاني التي تبقى أعيانها دون فائدة ، ففي ضياعها كسل الدية ، وهكذا .

ويلاحظ أن التقدير في هذه المواطن قد تم بنص الشارع بنصه على ما ورد بشأنها في سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، واستقر عليه اجماع العلماء (٣) ، وبما يغني الرجوع في تفصيلاتها وبيانها الى كتب الفروع عن تفصيلها في هذا المقام ، ولكن ما نود أن نشير اليه وتقتضيه الدراسة في هذا المقام ما يلي :

٤٤٠ — ١ — فقد الحياة أو ضياع معاني الجسد :

ويبدو مما قررته الأصول الشرعية القاضية بتحديد التعويض عن سلامة الجسم ، ان هذا التعويض قد ورد بشأن السلامة الجسدية اذا

(١) نصب الراية - ج ٤ - ص ٣٦٢ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٣٦٣ .

(٣) راجع : المغنى لابن قدامة - ج ٢ - ص ٧٥٩ .

فقدت بالتعدي ، وانتهت بالموت ، وهو ما يتخذ في اصطلاح الفقهاء اسم الدية ، التي تستحق بمقدارها الكامل والمحددة سلفا في حالتين :
١- الأولى : اذا فقدت النفس كاملة من جراء التعدي :

وذلك الاستحقاق سيكون مرهونا بتوافر شروط هذا الاستحقاق من كون فوات السلامة الجسدية قد ورد على سبيل الخطأ من المعتدي ، كما قال الله تعالى : " ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا " ، أو كان محمدا من طريق الصلح اذا كان فوات النفس قد جاء على سبيل العمد وتراضى أوليا المقتول على الدية أو اذا كان شرط من شروط توقيع القصاص على المعتدي غير متوافر ، في هذه الحالات يكون استحقاق مقدار الدية كاملا أمرا مقررا .

٢- الثانية : فقد المعاني أو محالها بالكلية :

وتجب الدية كاملة اذا فقد معنى من معاني الحياة التي أوجدها الله في جسم الانسان والتي تتعلق بمحال معينة فيه ، فالبصر معنى من المعاني يتعلق بالعين ، والسمع معنى من المعاني يتعلق بالأذن ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالشم والذوق ، والكلام والعقل والصلب والجماع ، هذه معان تتعلق بمجال ، واذا أسفر التعدي عن ضياع المعنى كلية ، أو ضياع محله كله ، تجب فيه دية كاملة كالنفس (١) ، ويتجزأ القدر المستحق من الدية بمقدار ما فقد من المعنى أو محله ، فلو ضاعت عين واحدة ، يجب نصف الدية ، ولو فقد البصر مع بقاء العينين بقاء ماديا لا ترى ، يجب دية كاملة ، ويلحق بفقد المعاني ما لا نظير له في البدن اذا أودت به الجناية ، وذلك كالأنف واللسان ، والذكر أو الحشفة ، والصلب اذا انقطع المنى ، ومسلك البول ، ومسلك الغائط ، والجلد وشعر الرأس وشعر اللحية اذا لم ينبت ، وكذلك شعر

(١) راجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣١١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٧٢ ، ومغني المحتاج - ج ٤ - ص ٧٦ وما بعدها ، وكشاف القناع - ج ٦ - ص ٤٧ .

الحاجبين ، فان كل تلك المحال اذا فقدت من جسم الانسان بالتعدى
تجب فيها دية كاملة على خلاف بين الفقهاء في ذلك (١) .

فالقاعدة في تقدير الواجب أن تفويت النفس ، أو تفويت جنس
المنفعة على الكمال أو إزالة جمال مقصود في الآدمي على الكمال يوجب
كل الدية باعتباره نوع اتلاف للنفس فيلحق به ، وعلى هذا فما كان قائما
من المنافع بعضو واحد ففي اتلاف هذا العضو الدية كاملة ، وما كان
قائما بعضوين ففي اتلاف أحدهما نصفها ، وما كان قائمة بأربعة ، ففي
اتلاف أحد هذه الأعضاء ربع الدية ، وما كان قائما بعشرة ففي اتلاف
أحدها العشر (٢) .

٤٤٣ — فقد الأعضاء واحداث الجروح :

واذا كانت الدية تجب كاملة لفوات النفس أو معانيها ، أو محال
المعاني كاملة كالعينين والأذنين ، واليدين ، والرجلين ، فان مقدار
المستحق من الدية يتجزأ ، على عدد أفراد المحال في جسم الانسان ،
وفي هذا الصدد يسمى المستحق عن الطرف الذي أودى به التعسدى
أرشا .

(١) راجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٣١١ ،
وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير - ج ٤ - ص ٢٧٢ ،
والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٢٠٠ ، ومغنى المحتاج - ج ٤ -
ص ٦١ ، وكشاف القناع - ج ٦ - ص ٣٧ وما بعدها ، والمغنى
لابن قدامة - ج ٨ - ص ١ وما بعدها - طبعة مكتبة الريساض
الحدیثة .

وكذلك الأمر فيما يتعلق بهضام الأسنان كلها تجب فيها الدية
كاملة ، وفي السن الواحد خمس من الابل ، راجع في تفصيل
ذلك وبيان أدلته : المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢١ .

(٢) راجع : د . محمد سراج - ضمان العدوان - ص ٤٤٩ .

والأرش : هو العقوبة المحددة شرماً لفوات ما دون النفس من الأطراف واحداث الجروح (١) ، والقاعدة بالنسبة لفقد الأعضاء ان مقدار التعويض المستحق شرماً يتجزأ بتجزأ المحال :

فالأعضاء التي في البدن منها أثنان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفيتين والحاجبين اذا ذهب شعرهما نهائياً ولم يثبت ، والثديين والحلمتين ، اذا ذهب واحد منها تجب فيه نصف الدية .

وما في البدن منه أربعة كاشفار العينين وهي حروف الأُفجان التي ينبت عليها الشعر ، ففي كل واحد منها ربع الدية ، وفي اثنين منها نصف الدية وما في البدن منه عشرة وهو أصابع اليدين وأصابع الرجلين عشر الدية وفي كل أنملة ثلث دية الأصبع ، الا أنملة الأبهام ففيها نصف ديتها ولا يفضل أصبع على أصبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " في كل اصبع عشر من الابل ، وفي كل سن خمس من الابل ، والأصابع سواء والاسنان سواء " (٢) .

(١) يطلق الحنفية الأرث على الواجب فيما دون النفس ، والدية على بدل النفس ، راجع : تكملة فتح القدير - ج ٨ - ص ٣٠١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٤٠٦ ، والشافعية يدخلون معنى الارث تحت مسمى الدية ، لأنهم مندهم : المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو ما دونها ، ورأيهم أوفق ، لأن الدية الكاملة تجب في أحيان كثيرة بالاعتداء على ما دون النفس ، على نحو ما رأينا ، راجع : مغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٥٣ ، وبعض الحنفية يعرفون الدية بأنها : " اسم لضمان يجب بمقابلة آدمى أو طرف منه ، راجع : تكملة فتح القدير - المكان السابق .

(٢) رواه الخمسة الا الترمذى من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ، وراجع : بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣١١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٧٧ ، ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٦٢ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٧ ، كما يجب في السن خمس من الابل - ابن قدامة - المرجع نفسه - ص ٢١ وما بعدها .

٤٤٤ — التقدير المحدد لتعويض الجروح والشجاج :

يفرق الفقهاء بين الجروح والشجاج على أساس محالها ، فمحال الجروح سائر البدن ما عدا الوجه والرأس ، ومحال الشجاج : الرأس والوجه ، والأرش المقدر عن الشجاع والجروح يختلف باختلاف نـوع الجرح أو الشجـه ففى الموضحة ، وهى التى توضح العظم فى الرأس أو الجسم (١) : خمس من الابل أى نصف عشر الدية ، وفى الهاشمة ، وهى التى تهشم العظم عشر من الابل ، أى عشر الدية وفى المنقلة ، وهى التى تنقل العظم خمس عشرة من الابل ، وفى الآمة التى تصل الى جلدة الدماغ تحت العظم ثلث الدية وكذلك الدامغة ، وهى التى تخزق فشاء الدماغ وتصل اليه ، وكذلك الجائفة من الجروح وهى التى تصل الى جوف الانسان من الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو ما بين الانشيين أو الدبر والحلق ، ولا تكون الجائفة فى اليدين ولا فى الرجلين ولا فى الرقبة ، لأن الجرح لا يصل الى الجوف من تلك الأماكن .

٤٤٥ — مقومات التقدير المحدد بالنص :

ويقوم تقدير التعويض المستحق عن فوات السلامة الجسدية على أمرين هما : المساواة فى تقدير المستحق عن التعدى الحاصل عند اتحاد مقداره ، دون اعتبار لمحلّه ، اذ الفرض ان المحل متحد بالنسبة لسلامة البدن عند كل انسان بحسب الأصل ، ففوات النفس بمقداره واحد ، وكذلك مقدار المستحق بسبب فوات المنفعة أو ضياع الأطراف أو الأعضاء ، حيث لا يختلف المقدار من انسان لآخر أصلاً ، ولكن اعتبار المساواة فى التقدير لا يمنع من اعتبار آخر لا يقل عنه أهمية ، وهو اعتبار العدالة ، وليقوم التقدير على المساواة والعدل . ان اعتبار العدالة فى تقدير التعويض ليمثل أهمية بالغة فى اضافة نوع مـن

(١) يرى جمهور الفقهاء ، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة ، انه ليس فى موضحة فىر الرأس والوجه ارش مقدر ، لقول الخليفةــــين الراشدين : الموضحة فى الوجه والرأس ، راجع : المغنى -

الفاعلية له تتواءم مع تحقيق معنى الردع الذى يجب أن يتسم به التعويض ، ولذلك كان اعتبار التشديد في التقدير قائما ، طالما كان له مبرر .

زيادة الألم تستوجب زيادة التقدير :

ومعنى العدالة في التقدير يقتضى زيادته ، اذا قامت أسباب تستوجب تلك الزيادة ، ولذلك ورد النص على تغليب الدية في قتل العمد لجسامة العدوان فيه ، فتجب مثله عند المالكية والشافعية ، ومحمد بن الحسن من الحنفية ، أى ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ومربعون خلفه (أى حاملا) ، ودليلهم ما روى عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إلا أن قتل الخطأ شبه العمد قتل السوط والعصا ، وفيه مائة من الأهل منها أربعون نسي بطونها أولادها " (١) ، وبما أخرجه أبو داود والترمذى من طريق عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ، رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم : " الدية ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه في بطونها أولادها " (٢) ، والمراد بالدية في الحديث الدية المغلظة (٣) ، وعند الحنفية والحنابلة الدية المغلظة تؤخذ أرباعا : خمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون حقه ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض ، وذلك لما رواه الزهري عن السائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعا : " خمسا

(١) رواه الخمسة الا الترمذى ، راجع : نيل الأوطار - للشوكاني - ج ٧ - ص ٢٤ ، وما بعدها ، وسبل السلام للصنعائسى - ج ٣ - ص ٤٨٠ ، وجواهر الأخبار والآثار على البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٧٣ .

(٢) سبل السلام - السابق - ص ٤٧٨ - وجواهر الأخبار - المكان السابق .

(٣) سبل السلام - المكان السابق .

وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقه ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمسا وعشرين بنت مخاض ، وقضى بذلك ابن مسعود (١) .

٤٤٦ — وهذا التقدير يختلف عن مثيله الواجب في الديسة المحققة ، والتي تكون في جريمة أخف كالقتل الخطأ ، حيث تجسب خمسة باتفاق المذاهب ، لما رواه ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " في دية الخطأ عشرون حقه ، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض " (٢) ، وهذا التقدير يؤدي الى زيادة القيمة الواجبة من تقدير الدية لاختلاف قيمة الواجب بالزيادة في المثلثة عنه في المربعة ، وهذه الزيادة في القيمة يمكن أن تتخذ أساسا لضبط قيمة الواجب في تقدير الديسة بالذهب أو الفضة أو النقود بصفة عامة ، حتى ان فقهاء المالكية قد ضبطوا قيمة الزيادة في الدية المغلظة بنسبة الفرق بين الديتين المخففة والمغلظة ومن المعروف أن قيمة نوعيات الواجب في الدية المثلثية ، وخاصة الحوامل منها أعلى من غيرها ، مما يقطع بوجود فرق واضح في قيمة الواجب في كلا التقديرين ، فلوان قيمة المثلثة تساوى مائة وعشرين ،

(١) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٢٥٤ ، والمغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٦٦ .

(٢) أخرجه الدارقطني ، وأخرجه الأربعة بلفظ : وعشرون بنو مخاض بدل من بنى لبون ، واسناد الأولى أقوى ، راجع : سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٧٧ .

والحقه هي التي دخلت في السنة الرابعة ، والجذعة هي التي دخلت في السنة الخامسة ، وبنت اللبون هي التي دخلت في السنة الثالثة ، وبنت المخاض هي التي دخلت في السنة الثانية . وراجع : بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٢٥٤ ، بدايية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٠٢ ، ومغني المحتاج - ج ٤ - ص ٥٤ ، والمغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٧٩ وما بعدها .

وقيمة المخففة بعد تأجيلها الى ثلاث سنين ، كما هو مقرر ، يساوى مائة ، فان الفرق بين القيمتين يكون مقدار الزيادة الواجبة في تقدير التعويض ، وهذا المبلغ هو الذى يمثل قيمة الزيادة (١) ، وربط الزيادة بالالم لم يقتض ابراز مسألتين : الأولى مقدار الزيادة الواردة نسي التقدير المنصوص عليه ، والثانية ، الظروف التي تستحق فيها تلك الزيادة .

٤٤٧ — المسألة الأولى : مقدار الزيادة الواردة في التقدير :

ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء في تقدير الواجب في كل من الدية المغلظة والمخففة ان فرق القيمة بين التقديرين يمثل مقدار الزيادة الواجبة في تلك الحالة ، فان هناك تقديرا آخر للزيادة أثر من عثمان رضي الله عنه ، حيث قضى في امرأة وطئت بالاقدام في الطواف بستة آلاف ، والفين تغليظا للحرم فمقدار الواجب هنا : الفان ورد النص عليهما صراحة (٢) ، وعن ابن عمر أنه قال : من قتل في الحرم أو في الشهر الحرام أو ذا رحم محرم ، فعليه دية وثلاث (٣) ، وعن ابن عباس ان رجلا قتل في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال : ديته اثنا عشر الفا ، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف ، يقسول ابن قدامة : وهذا ما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت اجماعا (٣) .

(١) راجع : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٦٧ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤١١ ، وجمهور فقهاء الحنفية لا تغليظ عندهم الا في الدية المقدرة بالاهل خاصة ، راجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لابن نجيم - ج ٨ - ص ٣٧٣ - طبعة دار المعرفة ببيروت .

(٢) المغني - لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٧٣ . وراجع : ارواء الغليل - ج ٧ - ص ٣١٠ .

(٣) المرجع والمكان السابقان ، وارواء الغليل - ج ٧ - ص ٣١١ ، وقارن ما ذهب اليه صاحب البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٧٣ ، حيث يرى : ان القتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو قتل ذى الرحم والمعدة المحضة تستوجب التشديد بهوجب الدية كلها اثلاثا .

٤٤٨ — المسألة الثانية : ظروف استحقاق زيادة التقدير :

وتتحدد المواطن التي تستحق فيها تلك الزيادة بعدد مسن الظروف التي تبرز دراستها أن وجود تلك الزيادة مقترن بما يحيط وقسوع التعدي في تلك الظروف من زيادة الألم الحاصل منه ، وهذه الظروف قد ترتبط بالمعتدى عليه في سلامة جسده ، وقد تقترن بظروف التعدي الزمانية والمكانية ، وقد تقترن بمقدار الضرر الناشئ عن التعدي ونشير الى ذلك بشي من التفصيل :

٤٤٩ — أ — الظروف المرتبطة بالمعتدى عليه :

قد يكون المعتدى عليه في سلامة جسده قريبا للمعتدى ، وقد تكون هذه القرابة قوية لدرجة تفرض على صاحبها واجب الحرص الزائد والعناية الخاصة ، فلوان هذا المعنى قد انقلب الى نقيضه ، يكون ذلك التحول ذا مغزى في زيادة تقدير التعويض ، ولهذا المعنى قضى فقهاء المالكية بوجوب الدية مغلظة على الأب اذا قتل ولده (١) ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتعدي على حياة ذى الرحم حيث أشرعن ابن عمر رضي الله عنه قوله : " من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلاث " (٢) ، وذلك ما رآه الشافعية ، (٣) ، وقد روى ان رجلا قتل رجلا من أهل الذمة عمدا ورفع الى عثمان رضي الله عنه فلم يقتله ، وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم (٤) .

٤٥٠ — ب — ظروف التعدي الزمانية والمكانية :

ومن الظروف التي تقتضى التشديد ظروف التعدي الزمانية والمكانية ، حيث ان وقوع التعدي في زمان أو مكان مفضلين يقتضى

(١) بداية المجتهد - لابن رشد - ج ٢ - ص ٤٠١ ، وحاشية

الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٧٣ ، وسبل السلام للصنعاني -

ج ٣ - ص ٤٧٩ .

(٣) راجع : المذهب للشيرازي - ج ٢ - ص ١٩٦ ، ومغني المحتاح

- ج ٤ - ص ٥٤ .

(٤) قال ابن حزم هذا في فاية الصحة ، راجع : ارواء الغليل -

ج ٧ ص ٣١٢ .

زيادة التقدير ، ولهذا ورد النص على زيادة الواجب بفوات السلامة كلية اذا وقع التعدي في الحرم تحقيقاً لمعنى الامن فيه وتشديداً على من تسول له نفسه التعدي على غيره في رحابه ، ان مكان الحرم يجب أن يكون مكان أمن وطمأنينة ، حتى يجد المؤمنون في رحابه أسباب التفرغ الكامل لعبادة الله تعالى ، وتحقيقاً لهذا المعنى شدد الشارع في المواخذة على من يعتدى بجواره ، وورد ما يدل على هذا المعنى في حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " ان أعتى الناس على الله ثلاثة : من قتل في حرم الله ، أو قتل غير قاتله ، أو لدخل الجاهلية " (١) ، ولذلك ذهب الشافعية الى التغليظ في الدية لمن قتل في الحرم أو في الأشهر الحرم ، لأن الصحابة فلفظوا في هذه الأحوال (٢) ، وذهب الى هذا الحنابلة (٣) ، ومن خلال ما قرره الفقهاء في هذه المسألة يظهر مدى ما لزمان التعدي ومكانه من أثر في تقدير الزيادة المستحقة من جراء التعدي .

٤٥١ — ج — الظروف المقتربة بطبيعة الضرر :

وقد تكون طبيعة الضرر في حد ذاته قد وصلت الى حد من الجسامة يجعل تقرير الزيادة أمراً تطليه مبادئ العدل ، كما لو تعددت المعاني التي فانت بالعدوان فان الواجب يتعدد ، ولو تجاوز الدية ، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربع ديات فسي ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل ونكاحه والرجل حتى (٤) ، والزيادة في تلك الحالة مرتبطة بتعدد أسبابها من جراء التعدي ذاته ، ومن أمثلة قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة ما لو

(١) أخرجه ابن حبان في حديث صحيحه ، راجع : سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٧٩ .

(٢) المرجع والمكان السابقان - ومغني المحتاج - المكان السابق ، والمهذب للشيرازي - المكان السابق ، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ - ص ٤٦٨ .

(٣) المغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٧٧٢ وما بعدها والأشهر الحرم هي : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب .

(٤) ذكرها أحمد ، وهو حديث حسن ، راجع : إرواء الغليل للألباني - ج ٧ - ص ٣٢٢ .

تسبب المعتدى في قطع اصبع من أصابع اليد ، فاضطر المعتدى عليه الى علاجها مما كلفه نفقات كثيرة ثمتنا للعلاج ، وامتنع عليه في الوقت نفسه مزاولة عمله فترة طويلة كما عانى آلاما قاسية ، فهل يقف الواجب عند مقدار عشر الدين لا يتعداه ؟ ، ان قيمة الواجب المقدر عشر الدية ، وقيمتها تساوي خمسة عشر ألف جنيهها مصرياً (١) ، فلو ان هذا المبلغ قد انفق بكامله على العلاج ، فهل تكون الاضرار الأخرى قد جبرت ، وهي الخسارة التي لحقت بالمعتدى عليه من ترك العمل ، والالام الذي حل به بالطبع لا !! (٢) .

ان الضرر يجب أن يرفع بكامله بما يتضمنه من أضرار مالية أو غير مالية أو مجرد آلام نفسية ، وقد اعتبر فقهاء الحنفية الألم النفسى من الأضرار التي يجوز للقاضي تعويضها ، وقد ذكر السرخسى عن الامام محمد : " في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر حكومية بقدر ما لحق المضرور من الألم ، وعن أبى يوسف رحمه الله : يرجع على الجاني بقدر ما احتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى

(١) راجع : د . محمد سراج - السابق - ص ٤٥٠ هامش (١) .

(٢) كان القضاء الكويتي يعتبر الدية تعويضاً عن الإصابة في ذاتها ، بما يعنى الرجوع بهقية الأضرار الأخرى التي أحدثتها الضرر لتعويض مستقلة ، لكنه عاد في حكم لاحق واعتبر الدية - كل ضرر يصيب النفس ، حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية - دائرة التمييز بتاريخ ١٢٤/٢/١٩٧٥ م ، مشار اليه في : د . بدر جاسم - رسالة دكتوراه - استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي - جامعة القاهرة عام ١٩٧٨ - ص ٢١٤ . والمادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١ م والمعدل بالقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ، تمنع القاضى من الحكم بتعويضات أخرى أكثر من الدية - المرجع والمكان السابقان .

(١) اندملت ، وقد نسب صاحب مجمع الضمانات القول بهوجب ارش الأسم الى أبي يوسف (٢) وقد قرر ذلك صاحب البحر الزخار بقوله : " وتقدير حكومة العدل التلّف بتقدير المعتدى عليه عبداً وتقدير قيمته مع الجناية وعدمها ، وما بينهما يكون هو أرش الضرر منسوباً الى الدية ، ثم يقول : وتضم اجرة الطبيب وثمان الدوا وتعطله عن العمل ، ويحقق النذار في قدر ضعف العضوان ضعف " (٣) ، ويقول أيضاً : " ومن أبان سنس فوداها ثم ردت ، فثبتت كما كانت استرجعت الدية لثلاث يجمع للمجنى عليه بين المبدل والبديل وإذا ردت ففي الألم حكومة ، وهو الأعدل (٤) ، ويقول : " وفي سن صبي لم يثغر حكومة فإذا لم تنبت فدية ، وإن عادت فلا شسي وفي الأيلام حكومة عدل " (٥) ، ومن خلال هذا البيان يستبين أن زيادة الألم أو حصول الألم مستقلاً ما يقتضى التعويض عن طريق حكومة العدل (٦) .

٤٥٢ - ثانياً : تقدير التعويض بحكومة العدل :

ومن الصور التي يتم فيها تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الحاصل من فوات السلامة ، دون تدخل لارادة المضرور أو المسئول ، تقدير حكومة العدل .

- (١) المبسوط - للسرخسي - ج ٢١ - ص ٨١ .
- (٢) مجمع الضمانات - ص ١٧١ .
- (٣) البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٨٢ .
- (٤) المرجع نفسه - ص ٢٨٠ .
- (٥) المرجع والمكان السابقان ، وقد جاء في المغني لابن قدامة - ج ٨ - ص ٢٣ : " وإن كسر له سناً فثبت مكانها أكبر منها فحكومة لأن ذلك عيباً ، وإن نبتت مائلة من صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها فدية ، وإن كان ينتفع بها فحكومة للشين الحاصل " .
- وورد في بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٢٠ قوله : " وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها " . روى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، وفي رواية عن مالك : إذا شانت الوجه ففيها حكومة من غير توقيف .
- (٦) في هذا المعنى : د . محمد سراج - السابق - ص ٤٥٠ .

وحكومة العدل تتمثل في أن يقوم رجالان عدلان بتقويم المتلف الذي لم يشرع فيه تقدير معين من خلال اتباع معايير معينة (١) ، وقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها : " كل ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس فيه أرش مقدر ففيه حكومة (٢) ، ويمكن وفقاً للأعراف السارية اليوم والتي تقضى بأسناد مثل هذا العمل الى القضاة الذين يتولون النظر في القضية ، أن يكون التقدير من ضمن اختصاصهم لاتصاله الوثيق بمحل النزاع ، ولأنه مما يلجأ المتنازعون بسببه الى القضاء ، على أن يمارس القضاء تقويمه للضرر من خلال الاختصاصيين والخبراء الذين يتولون نيابة عنه النظر في الجوانب الفنية للضرر ، ويقدمون له تقريراً له صفة الالتزام ، وفي هذا المعنى يقول صاحب البحر الزخار : " اذا قدرت فيلزم الحاكم الحكم بتقديرها " (٣) .

٤٥٣ - مجال تقدير حكومة العدل :

من الأمور المقررة شرعاً ان مجال تقدير حكومة العدل محدد بحالة ما اذا لم يرد تقدير شرعي للضرر على نحو ما سلف ، والتقدير الشرعي للضرر هو ما ورد بصفة خاصة عن النبي صلى الله عليه وسلم (٤) ، والاجماع منعقد على أن ما دون الموضحة من الجروح والشجاج ليس فيها أرش مقدر ، وانما فيها حكومة عدل (٥) ، ولا ينال من وصف الواجب بأنه حكومة عدل أن يرد فيه تقدير محدد ، مثل الذي نقله الفقهاء عن الصحابة رضي الله عنهم بتقدير معين للضرر ، حيث حدد بعضهم بأجرة

-
- (١) في هذا المعنى : البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٨٢ .
 - (٢) بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٢٣ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤١٩ وما بعدها ، ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٧٧ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٥٥ .
 - (٣) البحر الزخار - المكان السابق .
 - (٤) موطأ مالك - ص ٧٤٥ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٥٦ .
 - (٥) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤١٩ ، حيث نقل اتفاق العلماء على ذلك .

الطبيب ، أو كما روى عن عمرو وعثمان أنهما قضا في السمحاق (١) بنصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الابل ، وروى عن زيد بن ثابت انه قال : في الدامية (٢) بعير ، وفي الباضعة (٣) بعيران ، وفي المتلاحة (٤) ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة (٥) .

٤٥٤ - وقد قرر الفقهاء ان ذلك التقدير لا يعدو - وهو نفسي مجال حكومة العدل - أن يكون تقديراً موقوفاً ، لما هو معسوف ان المقادير لا مجال فيها للاجتهاد ، وذلك ما عليه جمهور الفقهاء ، اذ الأصل في الجراح الحكومة الا ما وثقت له السنة حداً (٦) ، ووجوده مع اتفاق الفقهاء يجعله أقرب الى التقدير التقريبي للحكومة منه السى التقدير الموقوف . أو كما قال الشافعي رضي الله عنه : ان ذلك كان من زيد تقويماً لا توقيتاً (٧) .

وحيث تقرر ذلك ، يكون ما دون الموضحة من الشجاج والجروح مما يخضع لتقدير حكومة العدل ، وكذلك الأمر فيما دون الجائفة من الجراح ، لأن الجائفة قد ورد فيها تقدير محدد ورد في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم ، وقد جاء فيه : " وفي الجائفة ثلث الدية " (٨) ، فيكون ما دون الجائفة من الجروح مما يدخل في نطاق

-
- (١) السمحاق : هي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة السمي تفصل بينه وبين العظم والتي تسمى بالسمحاق .
 - (٢) الدامية : هي التي تسيل الدم .
 - (٣) الباضعة : التي تقطع اللحم .
 - (٤) المتلاحة : هي التي تغوص في لحم المعتدى عليه .
 - (٥) راجع : بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤١٩ ، البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٨٩ .
 - (٦) المرجع والمكان السابقان ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٥٥ .
 - (٧) بداية المجتهد - السابق - ص ٤٢٣ .
 - (٨) موطأ مالك - ص ٧٣٧ ، جواهر الأخبار والآثار - ج ٦ - ص ٢٧١ .

تقدير حكومة العدل ، وكذلك الأعضاء القائمة في جسم الانسان لذاتها دون منفعة ، كلسان الأخرس واليد البشلاء وذكر الخصى والعنسين ، والعين القائمة الذاهب نورها ، والأصبع الزائدة ، والسن الزائدة ، حيث تجب في هذه الأعضاء حكومة عدل لأنها جزء من النفس ، وأجزاء النفس مصونة لذاتها وبصرف النظر عن نفعها ، وكذلك فوات الجمال ، وأحداث الألم المجرد كاللطفة ، وكذلك المنافع المعنوية وهي قسوى النفس وغرائزها ، كالعقل والسمع والبصر والنطق والذوق ، فإن فقدوها بالكلية مما يوجب الدية كاملة أما فقد بعضها ففيه حكومة عدل (١) .

٤٥٥ — المعايير التقديرية لحكومة العدل :

وحكومة العدل وهي تقدر الضرر وتقيمه ، انما تتوخى في مهمتها تحقيق العدل الذى يسفر عن جبر الضرر كاملا ، والعدل يقتضى وضع معايير ارشادية للقائمين على التقدير ، حتى يكون العدل قائما على أساس من التساوى بين الناس جميعا ، وقد ذكر الفقهاء أن حكومة العدل وهي تقوم بمهمتها في التقدير انما تستأنس بمعايير لتقدير الضرر ، ومعايير أخرى لاستخراج القيمة التي يستحقها تعويض هذا الضرر ، ونجلى بيان ذلك :

٤٥٦ — أ - معايير تقدير القيمة :

هناك ثلاث طرق في الفقه لتقدير قيمة الضرر الحاصل على سلامة البدن ، وهذه الطرق الثلاث يمكن أن نسمى أولها طريق الافتراض ، ونسمى ثانيها طريق التقريب ، ونسمى ثالثها طريق التقدير العملى .

-
- (١) بدائع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٢٣ ، ونهاية المحتاج للرملى - ج ٧ - ص ٣٥٩ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٢١ ومسا بعدها . والبحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٨٢ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٦٠ .

٤٥٧ - ١ - اما طريق الافتراض :

فقد اشرع عن الامام الطحاوي الحنفى ، وهى المعمول بها عند الحنفية ، وغيرهم من المذاهب الأخرى ، وتقيم هذه الطريقة على أساس افتراضى بحت يمكن من خلاله تصور القيمة ، وقد عبر عن مضمون هذه الطريقة الامام الخرقى الحنبلى فى مختصره بقوله : " والحكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لاجنائة به ، ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقصته الجنائة فله مثله من الدية ، كأن تكون قيمته ، وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجنائة تسعة ، فيكون الواجب عشر ديتة ، يقول ابن قدامة فى المغنى : هذا الذى ذكره الخرقى - رحمه الله - فى تفسير الحكومة ، قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم خلافا فيه ، وبه قال الشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم ، قال ابن المنذر : كل من تحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال : اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم ، كم قيمة هذا المجروح ، لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح ؟ ، فاذا قيل مائة دينار ، قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤءه ؟ ، فان قيل خمسة وتسعون ، فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية ، وان قيل تسعون فعشر الدية ، وان زاد أو نقص فعلى هذا المثال (١) ، وانما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فاجزاؤه مضمونة منها (٢) .

٤٥٨ - ٢ - طريق التقریب :

انتقد طريق الافتراض فى تقدير قيمة الضرر بأنه يقوم على

(١) المغنى لابن قدامة مع مختصر الخرقى - ج ٨ - ص ٥٧ وما بعدها ، وراجع : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٤١٢ ، وبدايع الصنائع - ج ٧ - ص ٣٢٤ ، ومغنى المحتاج - ج ٤ - ص ٧٧ والبحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٨٢ ، حيث يقرر ضم أجرة الطبيب وشن الدواء وتعطله عن العمل الى تلك القيمة . وراجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٧١ .

(٢) المغنى لابن قدامة - المكان السابق ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم عليه - ج ٧ - ص ٢٧٧ .

افتراض يتعذر اللجوء اليه في وقتنا الحالي لعدم وجود الرق (١)، ولذلك
رؤى اختيار معيار آخر وهو طريق التقريب .

وطريق التقريب يقوم على تصور واقع ، يتمثل في الحاق الضرر
بغير المقدور بالضرر المقدور ومعرفة قيمته من خلال الحاقه به ، وهذا
الطريقة منسوبة للامام الكرخي الفقيه الحنفي المعروف ، وتقوم على تقريب
الضرر الى أقرب ضرر له أرش ، ففي الشجاج مثلا يتظر كم مقدار الشجة
من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية المقرر للموضحة (٢) .

وهذه الطريقة من شأنها ان تجعل التقدير أقرب ما يكون
للمنصوص عليه ، وهو ما يبعث الطمأنينة في اصابة تقدير الشارع قدر
الاستطاع .

٤٥٩ - ٣ - طريق التقدير العملي :

وهذا الطريق يقوم في أساسه على شهادة أهل الاختصاص
والخبرة من الأطباء وغيرهم ممن يمارسون الفحص والعلاج ، لأن تقييمهم
لقيمة الضرر تنبع من الواقع العملي الذي يعايشونه بالفعل ، وقد أشر
هذا التقدير عن الامامين أبي يوسف ومحمد (٣) ، وقال به بعض
المحدثين من الفقهاء (٤) .

وهذا الطريق في نظرنا طيب وملائم وعملي ، لولا ما كشفت عنه
التجربة في مصر من سهولة الحصول على تقرير من طبيب يقدر اصابة معينة
في شخص فيستغله ضد الأبرياء مكيدة ونكاية ، فلو تم تنظيم هذا الطريق
بحيث ينأى به عن استغلال البعض من انعدمت فيهم نخوة الضمير حتى

(١) في هذا المعنى : د . وهبه الزحيلي - الفقه الاسلامي
وأدلته - ج ٦ - ص ٣٥٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - نفس المكان السابق ،
والبحر الزخار - نفس المكان السابق ، وحاشية ابن قاسم عيسى
الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٦٣ .

(٣) المبسوط - ج ٢١ - ص ٨١ ، ومجمع الضمانات - ص ١٧١ .

(٤) د . وهبه الزحيلي - السابق - ص ٣٥٩ .

اتخموا ساحات المحاكم بكثير من القضايا الظالمة والتهم الباطلة ، والستى لا تجد المحكمة فيها يدا من الحكم بناءً على تلك التقارير . لكان أفضل .

والقانون الكويتي وحسب لما تقضى به المادة ١٩ مكرر من القانون ٦ لسنة ١٩٦١ م ، والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ م ، قد اعتبر الدية تعويضاً عن الإصابة في ذاتها ، أى أنها تعويض عن الضرر الجسماني ، لكنه ذهب فيما يتعلق بالدية على ما دون النفس فسي أغلب الحالات يربط تقدير الدية بنسبة العجز الحاصل في قوة الجسم كله وفقاً للتقارير الطبية والتي تحرر وفقاً لنسب معينة تبدأ بستين ، ثم ثلاثين ، ثم عشرين ، ثم عشرة في المائة ، فإذا فقد المضرور ثلاثين في المائة من قوة الأبصار ، وعشرة في المائة لإصابة الساق ، فإن نسبة الإصابة بالنسبة لقوة الجسم تكون أربعين بالمائة ، ومن العجيب في أحد التقارير التي قد أصدرت المحكمة بمقتضاها حكماً ، أنه قد حدد عجزاً قدره ستون بالمائة من قوة الجسم لطفل نتج له من الحادث عجز نفسي الحركة وكشف التقرير أنه قد أصيب بشلل نصفي تام في الوجه وشلل نصفي غير تام بالأطراف مع صعوبة في النطق ، ولا يستطيع مع هذه الإصابة القيام أو القعود إلا بمساعدة شخص ، وأعطى مع كل تلك الإصابات تعويضاً يعادل ستين بالمائة من قيمة الدية ، ولو طبقت قواعد التقدير الصحيح للدية لاستحق . عن كل منفعة فقدت دية كاملة ، وإن نقصت المنفعة استحق ديتها منقوص بنسبة نقص المنفعة ، وهذا بالتأكيد يتجاوز مقدار الدية الكاملة ولا يقف عند نسبة الستين في المائة التي تقيد بها تقرير الطبيب (١) .

٤٦٠ - ب - معايير تقدير الضرر :

وهناك أنواع أخرى من المعايير الإرشادية التي يمكن لحكومة العدل أن تستأنس بها في تقدير الضرر بما يمكن معه ضبط قيمته على

(١) راجع في هذا المعنى : رسالة بدر جاسم - ص ١٩٧ وما بعدها ،

وحكم محكمة الكويت الكلية - تجارى كلى ٧ بتاريخ ٢٠ / ١ / ١٩٧١ - المشار إليه فيه .

نحو أقرب الى العدالة ، وهذا التقدير يختص بنوع الضرر الواقع على مقومات الحق في سلامة جسد الانسان ، كما يختص بغير ذلك من أنواع الضرر الأدبي الأخرى ، ومن ثم يكون لمعايير تقدير الضرر مجالان :

٤٦١ - أولهما : تقدير الضرر في فوات السلامة :

وتقدير الضرر الأدبي الواقع على حق الانسان في سلامة بدنه يمكن أن يقع على منقعة من منافع البدن كالعقل والسمع والبصر والذوق ، والفقهاء متفقون على أن المنفعة اذا فقدت كاملة ففيها دية ، واذا فقد بعضها يكون تقدير الضرر بقدره ، ولكن ما هو معيار تقدير قيمة الضرر ؟ لقد ضرب الفقهاء أمثلة تجيب عن هذا التساؤل وتبرز مقدار الضرر نفسي عدد من منافع الجسم التي أودى بها التعدي وذلك من خلال اختبارات تجري وتبرز مقدار الضرر في فوات العقل والبصر والسمع والذوق والنطق وذلك على النحو التالي :

٤٦٢ - ١ - الضرر الواقع على القوى العقلية :

عقل الانسان من أكبر المعاني قدرا وأعظم الحواس نفعا ، فبه يتميز الانسان عن البهيمية ، ويعرف حقائق المعلومات ، ويهتدى الى مصالحه ، ويتقن ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات واداء العبادات ، فكان بإهجاب الدية بفقد كاملا أحق من بقية المعاني والحواس ، فان كان نقص العقل معلوما مثل ان صار يجن يوما ويفيق يوما ، فعليه من الدية بقدر ذلك ، لأن ما وجبت فيه الدية كاملة ، وجب بعضها في بعض (١) ، وهذا النقص المعلوم لا يثير صعوبة في التقدير ، اما اذا لم يكن النقص معلوما ، كما لو جعلته الجنابة مدهوشا (٢) ، أو يفزع ما لا يفزع منه ، أو يخاف العزلة ويستوحش الخلوة ، هذا الضرر بقدره القاضى حسبما يرى (٣) .

(١) المغنى - لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣٧ .

(٢) المدهوش : هو المتحير ، أى المضطرب التائه ، راجع : مختار الصحاح - ص ٢١٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة - المكان السابق .

ويرى بعض فقهاء المذهب الزيدى : ان نقسم الدية على علوم العقل العشرة ، ثم يعطى المضروب بقدر ما نقص عليه منها ، وهذه العلوم هي : علم حال النفس فيسأل هل هو شابع أم جائع ؟ ، وعلم البديهة ، فيسأل هل العشرة أكثر من الخمسة ؟ ، وعلم الخبرة ، فيسأل هل الحجر تكسر الزجاج ؟ ، وعلم المشاهدة ، فيسأل المضروب عن شخص معسوف لديه ، من هذا ؟ وعلم الدائرة فيسأل ، هل زيد في الدار أم لا ؟ ، وعلم القصد ، بأن يستبين منه معرفة الشخص الذي يخاطبه ، وعلم التواتر ، فيسأل هل مكة في الأرض ؟ ، وعلم الجلى من الأمور فيسأل عما أكل بالأمس ، وعلم التعلق بأن يعلم ان كل صنعة ، لأبدلها من صانع ، وعلم التمييز بأن يعلم ان هذا حسن وهذا قبيح (١) .

وأرى مع بعض الباحثين أن تقدير النقص يجب في القسوى العقلية أن ينسأط السى عدد من يوثق في علمهم وأمانتهم مسسن أطباء الأمراض النفسية ، ليقدموا تقريراً مفصلاً بعد اجراء الاختبارات الطبية المقررة ، يكشفون فيه مقدار هذا الضرر (٢) .

(١) العلامة ابن مفتاح - شرح الأزهار - ج ١ ، ص ١٦٨ ، ج ٤ - ص ٤٤٤ هامش (١) - مطبعة المعارف سنة ١٣٤٠ هـ ، وقد نظم هذه العلوم في ثلاثة أبيات يقول فيها :

فعلم بحال النفس ثم بديهة .. كذا خبرة ثم المشاهد رابع
ودائرة والقصد بعد تواتر .. جلى أمور والتعلق تاسع
وعاشرها تمييز حسن وهبذه .. فتلك علوم العقل مهما تراجع

وراجع : البحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٩٠ وما بعدها حيث يقول : "فان ذهب بعضه فحكومة بحمته .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد حسين الشامي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٦٠٣ ، وهذا المعنى هو الذى قسره صاحب البحر الزخار في قوات بعض السمع حيث يقول على قول عدلين من أطباء المسلمين ، راجع : ج ٦ - ص ٢٩١ ، وقد حول القانون الكويتى على تقدير التعويض فيمادون النفس على تقرير الأطباء بتحديد نسبة العجز ، د . سعيد عبدالسلام - المرجع والمكان السابقان .

٤٦٣ — ٢ — تقدير الضرر الواقع على نعمة البصر :

والضرر الواقع على البصر إما أن يكون في العينين أو في واحدة ، فإذا انقص التعدى قوة الأبصار في كلتا العينين ، فإن التقدير يكون خالصا لحكومة العدل ، ويمكن الاستعانة هنا بأطباء العيون ليقسروا نسبة العجز في قوة الأبصار بناءً على كشف حال يقارن بكشف سابق ، ومن خلال المقارنة تظهر قيمة الضرر أما إذا كان النقص في إحدى العينين ، فقد ذكر ابن رشد رحمه الله : " أن من أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه ، أنه أمر بالذي أصيب بصره ، بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطاً في الأرض ، ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى الرجل البيضة بعينها ، فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضاً عند أول ذلك خطاً في الأرض ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه مقدار ذلك من الدية ، ثم يقول : " ويختبر صدقه باجراً ذلك مراراً شتى في مواضع مختلفة " (١) ، وهذا مبني على تساوي قوة أبصار العينين وهذا أمر غير واقع من الناحية العملية ، لأن قوة أبصار العينين قد تختلف اختلافاً كبيراً .

٤٦٤ — ٣ — الضرر الواقع على النطق :

ويرى بعض الفقهاء أن طريقة تقدير الضرر الواقع على نطق الكلام ، يتمثل في قسمة الدية كاملة على عدد حروف النطق الأبجدية وهي ثمانية وعشرون حرفاً (٢) ، وبعد الجبر يمتحن المعتدى عليه بنطق

- (١) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٤٢٣ ، وراجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ - ص ٢٦٣ ، حيث نقل أنه يمتحن بتقريب شيء إلى عينه وقت قفلته ، ونقل عن ابن تيمية أنه يقام في الشمس فإن لم يطرق فهو صادق ، ويرى أن رأى أهل الخبرة أولى ، ولا مانع من الاستعانة بعلامات مقياس النظر الحديث .
- (٢) ليس من بينها لا ، فإنها مخرجها مخرج اللام والالف ، راجع : المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ١٧ .

الحروف كاملة ، وما لا يستطيع نطقه يسقط من الدية بحسابه ، وكذلك يسقط ما أبدل نطقه ، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فائئة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين (١) .

٤٦٥ — ٤ — الضرر الواقع على السمع :

أما الضرر الواقع على السمع فإن تقدير النقص الحاصل بالتعدي عليه إذا كان النقص في كلا أذنيه ، يخضع لحكومة العدل كلبية ، فإذا كان النقص في أحد أذنيه امتحن بسد العليلة ويخاطبه مخاطب وهو يتباعد حتى يقول لا أسمع ، ثم تسد الصحيحة ، وتمتحن العليلة كذلك ويفرض بقدر المسافة وينبغي أن يجري من الاختبارات ما يطمئن معه إلى صدق المدعى ، فقد روى عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة : أن رجلاً ضرب امرأة فادعت ذهاب سمعها ، فتشأغل عنها بالنظر في القضايا ، ثم التفت إليها وقال : يا هذه فطى عورتك ، فجمعت ذيلها ، فعلم أنها كاذبة (٢) ، فالأولى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء (٣) .

٤٦٦ — ٥ — الضرر الواقع على الشم والذوق :

وفي تقدير الشم ينتفل بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هشم للطيب وتنكر للمنتن ، فالقول قول المعتدى مع يمينه ، وإن لم يبين منه ذلك فالقول قول المعتدى عليه مع يمينه (٤) ، والأولى الرجوع إلى أهل

(١) المرجع والمكان السابقان ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم - ج ٧ - ص ٢٦٣ ، ونقل ابن قاسم عن ابن تيمية قوله : يغرزلسانه بأبرة فإن سال منه دم اسود فهو صادق ، المرجع السابق - نفس المكان .

(٢) راجع : بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٣٤٧ .

(٣) البحر الزخار - السابق - ص ٢٩١ ، والمغنى لابن قدامة - السابق - ص ١٠ .

(٤) المغنى السابق - ص ١٢ .

الخبرة من الأطباء (١) ، أما الذوق فانه اذا فات كله تجب ديبته كاملة ، وان فات بعضه ، فتقسم الدية على أنواع المذاق الخمسة ، وهى الحلاوة والمرارة والعذوبة والملوحة والحموضة ، وما نقص من الضرر ينقص من الدية بقدره (٢) ، والأولى الرجوع الى أهل الخبرة من الأطباء .

٤٦٧ — ثانيهما : تقدير الضرر الأدبى في المجالات الأخرى :

ولا يقتصر مجال عمل حكومة العدل في تقدير الضرر ، على الأضرار الأدبية الناشئة عن المساس بسلامة الجسم الانسانى ، وانما تشمل كل أنواع الضرر الأدبى الأخرى ، وفي هذه الحالة فان الضرر الأدبى اما أن يتمخض عن خسارة مادية ، كما لو كان الضرر تاجسرا فتأثرت تجارته بسمعته الأدبية التي نال منها المعتدى مما أدى الى لحقوق خسارة مادية به ، بالإضافة الى الألم الحاصل من التعدى أو يتمخض عن خسارة أدبية محضة ، تتمثل في الم وشين ونقص معنوى يلحق الانسان ، ومن المؤكد ان أسلوب التقدير سيختلف في كل حالة عن الأخرى ، فيحسن الإشارة اليه .

٤٦٨ — أ — الضرر الأدبى المقترن بخسارة مالية :

في هذه الحالة ينبغي على حكومة العدل أن تحسب مقدار الخسارة التي لحقت بالمعتدى عليه ضمن مقدار التعويض ، ليكون مقدار المال في تلك الحالة ، هو الحد القريب الذى يسهل على الحكومة فيه الاقتراب من حقيقة الضرر الحاصل ، ويكون تقدير الضرر الأدبى المتميز به ما يخضع لتقدير اللجنة الخالص بناء على ما تستشفه من

(١) البحر الزخار - السابق - نفس المكان .

(٢) المغنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ١٩ ، والبحر الزخار - ج ٦ - ص ٢٩٢ ، وشرح الأزهاري لابن مفتاح - السابق - ج ٤ - ص ٤٤٣ وما بعدها .

شدة الألم ، أو جسارة الضرر الذي حل بالمعتدى عليه ، كأن يكون قد تعدى الى أولاده أو بناته وأثر على مستقبلهم وحياتهم (١) .

٤٦٩ - ب - الضرر الأدبي الخالص :

وفي هذه الحالة لا مانع من الاستعانة بمعايير التقدير الأخرى التي سلفت وعلى الأخص المعيار الافتراضي ، فمثلا لو كان الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان ممثلا في فوات البكارة ، فإنه يمكن تقدير الضرر من خلال افتراض مهر المعتدى عليها بكرا ، ومهرها شيئا ، و الفرق التقديرين يمثل مقدار التعويض المستحق من فوات البكارة (٢) ، ومع ذلك فإن طبيعة هذا النوع من الضرر ستظل ميدانا نسيحا لأعمال مبدأ مرونة التقدير الى أبعد مدى ، وهذا المبدأ وإن لم يصب عين التقدير الصائب ، فهو على الأقل يصيب قدرا كبيرا من الصواب فيه ، وقد قيل ان بعض الشيء أولى من لا شيء ، وما لا يدرك كله لا يترك كله .

٤٧٠ - مرونة نظام التعزير :

ومن المؤكد أن المرونة التي يتسم بها نظام التعزير في الفقه

(١) وفي هذا المعنى يقول الاستاذ اسمان ان الضرر المتمثل في الاعتداء على التكامل الجسدي له عنصران : الأول يشمل الأضرار القابلة للتقدير بالنقد ، والثاني يتضمن الأضرار غير القابلة للتقدير التعدي ، وفيما يتعلق بالضرر المالي فإن الفقه يتفق على أنه يمثل فيما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج وما فاتته من كسب وهو فقد الأجرة ، وفوات فرصة الكسب ، مشار اليه في د . سعيد عبدالسلام - التعويض عن ضرر النفس - ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) راجع في هذا المعنى : المعنى لابن قدامة - ج ٨ - ص ٥١ ، حيث يقرر أن ارش البكارة داخل في مهر البكر لأنه أعلى من مهر الشيب .

الاسلامى يمكن أن تكون عاملا من العوامل الفعالة في حسم آثار هذا النوع من الضرر ، من خلال قدرته وتنوعه على نحو يصلح لمجابهة ما لم يرد فيه نص مقدر أو سبق تقدير التعويض فيه (١) .

(١) وذلك على نحو ما سنرى في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب ونحن نتعرض لبيان طبيعة التعويض من الضرر الأدبى في الفقه الاسلامى .

(الفرع الثاني)

التقدير الارادى لتعويض الضرر الأدبى

٤٧١ — اذا كان الشارع قد قدر قيمة التعويض عن الضرر الحاصل من التعدى على سلامة الانسان في بدنه ، فانه قد ترك للارادة دورا كبيرا في تقدير التعويض عن عدد من الأضرار الأدبية وعلى الأخص ما يصيب الانسان منها في عواطفه ومشاعره ، وقد ورد التطبيق العملى لتقدير التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب مشاعر الانسان وعواطفه في حالتين هما : الطلاق قبل الدخول والخلع ، حيث يكون للارادة دخل كبير في تقدير قيمة التعويض المستحق .

٤٧٢ — أولا : مقدار ما تستحقه المطلقة قبل الدخول :

من المعلوم ان طلاق المرأة قبل الدخول يسبب لها ألما نفسيا كبيرا ، حيث يقضى على آمالها ، ويدمر تطلعاتها لمستقبل ترسمه لحياتها مع زوج وأولاد ، ويكون هذا الألم أكثر اذا جاءت الفرقة بسبب من جهة الزوج ، حيث ينطوى هذا المسلك منه على اهانة لها ، لما يبعثه الطلاق قبل الدخول من شكوك حول المرأة وأخلاقياتها (١) ، ولهذا أوجب لها الشارع سبحانه مقدار نصف

(١) وفي هذا يقول الشيخ محمد عبده : " ان في الطلاق قبل الدخول فضاضة ، وإيها ما بأن الزوج ما طلقها الا وقد رآه منها شي " ، فاذا هو متعها متاما حسنا تزول هذه الغضاضة ، ويكون هذا المتاع الحسن بمثابة الشهادة لنزاهتها ، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به ، نجعل الله هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لئلا يتسامع الناس به ، راجع : تفسير المنار للشيخ رشيد رضا - ج ٣ - ص ٤٣٠ ، دار المعرفسة ، بيروت .

المهر المسمى . قال تعالى : " وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم الا أن يعفون " (١) ، حيث أوجب الله تعالى للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المفروض ، أى المقدر تقديرا صحيحا بالاتفاق ، فدل ذلك على أن مصدر تقديسر الواجب المستحق للمرأة في تلك الحالة هو الإرادة التي سلف لها تحديد الأصل وهو مقدار المهر الذي تستحقه المرأة ، والذي وجب لها نصفه على أساسه .

وإذا كان النص قد ورد في الطلاق ، فان شمول الحكم لكل أنواع فرق النكاح كما لو كان بسبب الإيلاء أو اللعان أو ردة الزوج أو إهائه الزوج اعتناق الاسلام بعد زوجته ويستوى عند الشافعية والحنابلة في استحقاق المطلقة قبل الدخول لنصف المسمى أن تكون الفرقة طلاقا أم فسخا طالما أن المهر قد سمي تسمية صحيحة حال العقد وجاءت الفرقة من قبل الزوج ، حتى ولو كان بسبب عيب فيه (٢) .

فاذا لم يسم المهر في العقد أصلا كالمفوضة أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهرا وكانت التسمية غير صحيحة وحصلت الفرقة بتراضى الزوجين أو بحكم القاضى قبل الدخول وقبل الخلوة عند الحنفية والحنابلة ، لم يجب للزوجة شيء من المهر وإنما تجب لها المتعة ، لقول الله تعالى : " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " (٣) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) راجع : الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه - ج ٢ -

ص ٢٦٣ وما بعدها ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٢٣ ،

والقوانين الفقهية - ص ٢٠٢ ، والمهذب - ج ٢ - ص ٥٩ ،

والمغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٧١٤ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٦ .

٤٧٣ — المهر المفروض بعد العقد :

ويأخذ حكم المهر المفروض من قبل العقد في وجوب التنصيص ، المهر المفروض بعده ، حيث ينتصف هو الآخر عند جمهور الفقهاء ، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول كان للمرأة نصفه ، خلافا لما ذهب اليه الحنفية لا ينتصف ، لاختصاص التنصيص عندهم بالمفروض في العقد بالنص القرآني المتقدم .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في تلك المسألة هو تفسير المراد من قول الله تعالى : " فنصف ما فرضتم " ، حيث قال الحنفية : ان المقصود منه المفروض وقت العقد لا غير ، وذلك امسالا لما جرى عليه عرف الناس بتحديد المسمى وقت العقد ، ورأى جمهور الفقهاء ، ان المقصود بالمفروض على اطلاقه عملا بمقتضى الاطلاق اللغوي اذ الفرض هو التقدير ، والتقدير مطلق يشمل ما قدر حال العقد وما قدر بعده (١) .

والواقع أن رأى الجمهور هو الراجح في تلك المسألة عملا بالنص الذي استدلووا باطلاقه ولم يورد الحنفية ما يمنع هذا الاطلاق سوى ما قالوا به من حريان العرف ، والعرف اذا تعارض مع النص لا يصح العمل به (٢) .

٤٧٤ — مقدار المتعة اذا استحققت :

واذا لم تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المسمى فلها المتعة ، ومقدارها لم يرد فيه نص مقدر ولهذا اجتهد الفقهاء في بيان مقدارها ، فذهب الحنفية الى انها ثلاثة أثواب : درع ، وهو ما

(١) في هذا المعنى : فتح القدير - ج ٢ - ص ٤٤٨ ، بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٢٣ ، وثمار السبيل في شرح الدليل ج ٢ ، ص ٢٠ ، والمعنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٧١٤ ، والأم ج ٥ ص ٦١ .

(٢) راجع في هذا المعنى : د . عبدالعزيز الخياط ، نظرية العرف - ص ٦١ وما بعدها - مكتبة الأقصى بعمان .

تلبسه المرأة فوق القميص ، وخمار ، وهو ما تغطي به المرأة رأسها ، وملحفه ، وهي ما تلتحف به المرأة من رأسها الى قدمها ، لقول الله تعالى : "متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" ، والمتاع اسم للعسروس في العرف ، ولأن لا يجاب الأثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام الزوجية وأثناء العدة ، وأدنى ما تنكس به المرأة وتستقر ثلاثة أثواب (١) .

ويرى الحنفية والشافعية ان المتعة لا تزيد من نصف مهر المثل لو كان الزوج غنيا لأنها بدل منه ، واذا تنازع الزوجان في قدرها قدرها القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال معتبرا حال الزوجين من يسار واعسار ونسب وصفات ، ويرى المالكية والحنابلة ان المتعة معتبرة بحال الزوج يسارا واعسارا على الموسع قدره والميسر المقتر قدره ، فأعلاها خادم ، أى قبية خادم في زمنهم ، وأدناها كسوة كاملة تجزيها في صلاتها أى أقل الكسوة وهي درع وخمار ، لقول ابن عباس : "أعلى المتعة خادم ، ثم دون ذلك اليفة ، ثم دون ذلك الكسوة" (٢) .

وذلك كله فيما اذا تشاحا في قدرها ، فان سمح لهما بزيادة على الخادم أو رضيته بأقل من الكسوة جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنها وهو ما يجوز بذله ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق ، وقد روى عن الحسن بن علي انه امتع امرأة بعشرة آلاف درهم ، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق (٣) ، وفيه دليل على جواز القيمة نفسها

(١) بدائع الصنائع ج ٢ - ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) المغني لابن قدامة - ج ١ - ص ٧٦٧ ، وراجع : منار السبيل - ج ٢ - ص ٢٠٠ ، وقلبيوس وعميرة - ج ٣ - ص ٢٩١ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٢ - ص ٦١ وما بعدها .

(٣) المغني - السابق - ص ٧١٨ .

المتعة ، فيجوز أن يدفع الزوج نقودا بدل الثياب ، وتجبر المرأة على قبول هذا البديل سواء كانت المتعة واجبة أو مستحبة .

ويستبين مما تقدم أن في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول نوعا من التعويض عما لحقها من ضرر أدبي بسبب هذا الطلاق ، وإن وجوبها على سبيل البديل من نصف المهر المسمى ، ولذلك تتحدد بمقداره فلا تتجاوزه ، وإن مقدارها منوط بحال الرجل على الراجح ، لقول الله تعالى : " ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره " (١) حيث لم يعهد في الشريعة الإسلامية تكليف الإنسان فوق طاقته ، ولو كان تقدير المتعة على اعتبار حال الزوجة ، وكانت موسرة وهو معسر ، لكان في ذلك إرهاب له وتكليف بما لا يطاق ، ورضا الموسرة بزواج فقير ، يعتبر تنازلا منها عن مستواها الاجتماعي إلى مستوى زوجها ، فإذا طلقها بعد ذلك فلا يعرضها إلا بما يناسب حاله دون حالها (٢) .

٤٧٥ — ثانيا : مقدار بدل الخلع :

وإذا كان وجوب نصف المهر المسمى للمرأة بالطلاق قبل الدخول ، أو بدله وهو المتعة التي تأتس في تحديدها بمقداره ، عوضا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المرأة من جراء طلاق زوجها لها قبل الدخول ، فإن وجوب بدل الخلع للزوج هو نوع من التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه في عواطفه ومشاعره من جراء إرغامه على مفارقة زوجة ربما يكون قلبه معلقا بها ، وهي تكرهه وتبغضه وتريد التخلص من نكاحه ما استطاعت .

وفي هذه الحالة يجوز للزوجين أن يتفقا على مبلغ معين نظير الخلع سواء أكان مساويا لما دفعه الزوج من مهر لها ، أو زائدا عنه أو أقل ، يدل على ذلك قول الله تعالى : " ولا يحل لكم أن تأخذوا

(١) سبق تخريج الآية الكريمة :

(٢) في هذا المعنى : د . محمود محمد الطنطاوي ، الأحوال الشخصية - ص ٢١٩ - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢ م .

ما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفستم
ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (١) ، حيث
أن الآية الكريمة قد جوزت أخذ الفداء منها بغير اثم وهو مطلق ،
فيشمل الأقل من المهر والمساوى له والزائد عنه (٢) .

ويرى بعض الفقهاء عدم جواز أخذ ما زاد عن المهر ، فاذا
أخذ منها ما يزيد عما دفعه مهرها لها ، فانه يجب على الزوج أن
يرده ، كأنه أخذ منها مالا بغير حق (٣) . ودليل ذلك ما
روى عن أبي الزبير : " ان ثابت بن قيس بن شماس ، كانت عنده
بنت عبد الله بن أبي ابن سلول ، وكان قد أصدقها حديقة ، فقال
النبي صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟
قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة
فلا ، ولكن حديقته ؟ ، قالت : نعم ، فأخذها له وخلص سبيلها ،
فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال : قد قبلت قضا رسول الله صلى
الله عليه وسلم " (٤) ، حيث دل هذا الحديث على عدم جواز أخذ
الزيادة على ما دفعه الزوج لقوله صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة
فلا .

وقد حمل جمهور الفقهاء النهى عن الزيادة : أنه خلاف الأولى ،
قال مالك : لم أر أحدا ممن يقتدى ، يمنع جواز أخذ الزيادة عن
المهر اذا اتفق عليها ، لكنه ليس من مكارم الأخلاق ، وأخرج ابن سعد
عن الربيع قالت : كان بيني وبين ابن عسي كلام وكان زوجها ، قالت :

-
- (١) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .
 - (٢) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٦٧ ، والقوانين الفقهية -
ص ٢٣٢ ، والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٧ ، والمغنى
لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٢ وما بعدها .
 - (٣) بداية المجتهد - نفس المكان السابق .
 - (٤) رواء الدارقطني باسناد صحيح . وقال : سمعه أبو الزبير
من غير واحد ، راجع : نيل الأوطار - للشوكاني - ج ٦ - ص ٢٧٧ .

فقلت له : لك كل شيء وفارقني ، قال : قد فعلت ، فأخذ والله كل فراش ، فجئت عثمان وهو محصور فقال : الشرط أملك ، خذ كل شيء حتى عقاص رأسها " (١) ، وفي البخارى عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها " (٢) .

٤٧٦ — ويشترط لاستحقاق الزوج أخذ ما اتفق عليه مع زوجته في بدل الخلع أن يكون البغض من قبل الزوجة ، أو من جهتهما معا ، كدلالة الآية الكريمة صراحة على ذلك ، أما إذا كان البغض والكراهة من جهة الزوج وحده فلا يجوز له أن يأخذ عوضا في مقابل طلاقها ، ولو كان قليلا ، لأنه هو الذى يريد المفارقة وقد قال الله تعالى : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً " (٣) ، كما يدل على ذلك قول الله تعالى : " ولا تسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه (٤) " ، وقوله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتموهن " (٥) ، وقد ذهب المالكية بناءً على تلك الآيات الكريمة ، إلى أنه لا يجوز أخذ العوض من المرأة في حالة الاضرار بها ، وإذا طلبت إسقاطه عنها بعد الخلع للأضرار سقط منها ، إذ أن ذلك يتضمن في حقيقته إكراهها لها على بذل مال للزوج مع أن الكره من قبله ، أى أنه لا يستحق تعويضا عن ضرر أدبى يكون قد أصابه ، وهو رأى سديد يتفق مع العدالة (٦) .

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | نيل الأوطار - السابق - ص ٢٨٢ . |
| (٢) | المرجع والمكان السابقان ، والعقاص هو الخيط الذى تربط به المرأة أطراف شعرها . |
| (٣) | سورة النساء - الآيات ٢٠ ، ٢١ . |
| (٤) | سورة البقرة - آية ٢٣١ . |
| (٥) | سورة النساء - آية ١٩ . |
| (٦) | راجع في هذا المعنى : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٥٥ ، ومداية المجتهد - ج ٢ - ص ٦٨ . |

الفصل الثاني

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ومدى انتقاله
الى الورثة في الفقهين الاسلامي والوضعي

٤٧٧ - وهذا الفصل ينقسم الى بحثين تخصص أولهما:
لبيان طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ، وثانيهما: لبيان انتقاله
الى الورثة ، وعلى ذلك فإنا سنخصص لكل موضوع بحثا ، وذلك
على النحو التالي :

البحث الأول :

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي .

البحث الثاني :

مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة .

(المبحث الأول)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي

(المطلب الأول)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون

٤٧٨ — من المعلوم أن الضرر الحاصل قد يتمخض عن
الاطاحة بمصلحة أدبية للشخص كالأضرار الجسمانية أو العاطفية أو
المتعلقة بالشرف والاعتبار والسمعة ، وهذه المصلحة لا توجد مستقلة
دائما ، وإنما يغلب عليها أن تكون مترتبة بضرر مادي وذلك مثل نقص
القدرة على الكسب نتيجة للعاهة الجسمانية أو اختلال المصالح
الاقتصادية للتاجر نتيجة للتشهير بسمعته بين عملائه .

.. والأضرار المادية الناتجة عن الضرر الأدبي أو المختلطة به
لا تثير صعوبة كبرى بالنسبة لتقييمها في حد ذاتها ، ولكن الضرر
الأدبي كعنصر من عناصر التعويض وخاصة إذا كان ضرا أدبيا خالصا ،
كان مثار جدل كبير حول طبيعته رغم أن الفقه والقضاء قد انتهيا إلى
الاتفاق على قابليته للتعويض عنه .

.. والنصوص القانونية التي تقضى بهوجب التعويض عن
الضرر الأدبي ، ومنها المادة (٢٢٢) من التقنين المدني المصري ،
وما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، كل تلك المصادر تضع على
عائق القضاء أن يحكم بتعويض حقيقي عن الضرر الأدبي دون الاكتفاء
بتعويض رمزي أو مجرد مبدأ التعويض (١) .

(١) راجع في هذا المعنى : د . محمد إبراهيم دسوقي -
السابق - ص ٤٦٥ .

٤٧٩ - اتجاهات الفقه حول طبيعة التعويض عن الضرر

الأدبي :

وقد وضع هذا الوجوب القانوني القاضي بضرورة تعويض حقيقي عن الضرر الأدبي الفقه في موقف الباحث عن طبيعة هذا التعويض ، وفي هذا الصدد اتجهت معظم آراء الفقهاء في فرنسا الى أن فكرة التعويض عن الضرر الأدبي يغلب عليها طابع العقوبة الخاصة (١) ، ذلك ان حرية القاضي التطبيقية من أي معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على ذلك المبدأ الذي يؤمن الفقه من أن التعويض لا يكون الا بقدر الضرر ، وهذا ما دعا السعي الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة بالتصوير الذي عرفه الفقه عنها من انها جزاء مالي لا يرتبط بمدى الضرر ، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر الى أن تعويض الضرر هو تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الاصلاحية فسي جبر الضرر فضلا عن الوظيفة الرادعة في حال الخطأ الموصوف (٢) . ونعرض لبيان هذين الاتجاهين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة .

٤٨٠ - أولا : التعويض عن الضرر نوع من العقوبة الخاصة :

والقول بأن التعويض عن الضرر الأدبي ينطوي على نوع من العقوبة الخاصة هو ما ذهب اليه جانب من الفقه ، والذين قالوا بذلك ذهبوا في سبيل ذلك التكييف للتعويض عن الضرر الأدبي الى أن صفة التعويض عنه مستندة في ذلك النفي الى أن الضرر الأدبي ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الأخلاق ، ذلك ان افتراض الضرر في بعض صورته أمر قائم وذلك كما في حالة التعويض الناجم عن وفاة انسان كالأب أو الابن

(١) Marty et Raynaud : Droit Civil, T.2

No 527 ets .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٦ .

أو الزوج ، فإن القضاة يفترض وجود الضرر العاطفى ، دون أن يكلف المدعى بإثبات الضرر (١) ، بل حتى ولو كانت هناك قرينة تقطع بعدم وجوده ، مثل وجود خلاف عائلى أو انفصال بين الزوجين ، بل ويقره أيضا رغم وصمة العار (٢) ، فمسلك القضاة يشير الى أن تخلف الضرر العاطفى بالمعنى الضيق لا يمنع من القول بوجود اعتداء على حق غير مالى حال ومؤكد وهذا التعدى هو سبب مشروعية التعويض .

وأما عن عدم قابلية الضرر الأدبى للتقييم ، فإنه إذا كسبان الضرر المادى بقبل التقييم لعدة مقاييس ، فإنه ليس من مقاييس يصلح

(١) فى هذا المعنى : حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٢ مارس سنة ١٩٦٦م ، ردا على سبب الطعن المبنى على أن المريضة كانت فى دور الاحتضار ، وكانت الوفاة واقعة لا محالة ، ولذلك فإن نقلها من مستشفى الى آخر ولو بخطأ الطبيب ، لم يضاف الى المظنون عليه وأولاده ضرا جديدا ، وإن الضرر الأدبى الذى حاق بالزوج هو ضرر شخصى مباشر أجاز المشرع التعويض منه بنص المادة (٢٢٢) مدنى - مجموعة أحكام النقض ص ١٧ من ٦٣٦ .

(٢) حكم محكمة النقض الجنائى بتاريخ ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ ، مشار إليه فى : د . محمد إبراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٧ هامش (٢) .

وراجع : د . حسام الدين الأهوانى - الحق فى الخصوصية - ص ٤٣٦ ، حيث يقرر : أن الفقه الفرنسى قد لاحظ أن المحاكم تعطى تعويضا لمن اعتدى على حقه فى الخصوصية فى أحوال لا يمكن القول فيها بتوافر عنصر الضرر . حيث قضى بأحقية مثلة فى الحصول على التعويض لأن أحسد المصورين قام بالتقاط صورتها وهى تجلس مع ابنها فى حديقة منزلها ، وهنا لا يوجد ضرر .

للقول بأن التعويض المحكوم به يوازى الضرر الأدبي ، اذ هو اعتداء على الشخص كإنسان وليس على ذمته ومن ثم ، فإننا سوف نجسد دائما فرقا في التوازن بين التعويض والضرر الأدبي سواء كان الضرر عاطفيا نشأ عن فقد عزيز أو عضو من الجسم ، أو تشهير أو اعتداء على الخصوصية ، لأن المصلحة في كل تلك الأمور لا تقبل التعويض المالي (١) .

وأما من عدم قابلية الضرر الأدبي للإصلاح فإن أى مبلغ من النقود لا يكفى لجبر الضرر الناتج عن فقد عزيز أو فوات مصلحة أدبية ، حيث يقع الضرر ولا سبيل الى اصلاحه ، واذا كان المضرور أدبيا يعرض ماليا ، فإن هذا التعويض وإن كان يزيد الذمة المالية للمضرور ، إلا أنه لن يقلل من الخسارة الأدبية التي لحقت بدمته المعنوية ، ومثل التعويض عن الضرر الأدبي كمثل من يصاب ردا كرامته بالتمزق ، فيعطى بضع ورقات من النقد يرفع بها هذا الخسرق فيتهم انه يرتدى ردا كرامة يخلو من أى خرق (٢) .

كما ان اضافة صفة التعويض على تعويض الضرر الأدبي مما يتنافى مع قواعد الأخلاق ، وانه لما يتنافى مع قواعد الأخلاق ، القول بأن ذلك الذى لحقه اعتداء على شعوره ، يتعزى بما ناله من تعويض ، وانه لأمر منفر أن يثرى شخص على حساب كرامته ، وأن يثرى وارث بسبب اهانة لحقت مورثه ، أو أب على حساب ونساة

-
- (١) في هذا المعنى : الوسيط للسنيهورى - ج ١ - ص ٨٦٦ ،
د . عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام - ص ٤٧٤ ،
د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٥ وما بعدهما .
د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٨ .

(٢) Mazeaud et Tunc : Traité Théorique et
Pratique de La responsabilité civile
délictuelle et contractuelle, I. I,
No. 310 ed 1965.

ابنه ، ان ذلك المعنى من شأنه أن يخلع عن التعويض عن الضرر الأدبي صفة التعويضية ويضفى عليه صفة الارضاء للمعتدى عليه ، أو تطيب خاطره (١) .

٤٨١ — مظاهر صفة العقوبة الخاصة في التعويض —

الضرر الأدبي :

وبعد أن قام هذا الجانب من الفقه بنفى الصفة التعويضية عن تعويض الضرر الأدبي يصبح من اليسير نسبة هذا التعويض الى فكرة العقوبة الخاصة ، تلك التي تتمثل في مبلغ يقدر لا لجبر الضرر ولكن لاطفاء غيظ المضرور من المسئول .

ومن أول مظاهر العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الأدبي ، ان القاضى اذا يتعذر عليه أن يتغلغل في أعماق نفسية المضرور ليقف على مدى ما استقر في وجدانه من ألم نفسي حصل له من جراء خطأ المسئول ، يكون من الطبيعي أنه لن يكون أمامه من مفر غير قياس مشاعره الخاصة تجاه المسئول ومدى جسامه الخطأ المنسوب اليه ، كما لو كان الخطأ قد صدر نحوه هو ، فالأسهل على القاضى فسي مثل تلك الحالة أن يقدر مدى جسامه الخطأ بدلا من البحث عن مدى الضرر ، وليس من المقبول ان يطلب المضرور تعويضا بمعنى الكلمة عما لحقه من ضرر ، لأن أى مبلغ مهما كان لن يحواله أو معاناته النفسية فواقع الأمر أن المضرور لا يطلب تعويضا وإنما يطلب عقابا ، صحيح أن المضرور لن يظهر رغبته في الانتقام أمام القضاء حتى لا يبطل دعواه ، والقاضى كذلك لن يصرح في حكمه بالعقوبة ، وسترتدى العقوبة ثوب هذا التعويض الذي لا يقاس من وجهة نظر كل مسن القاضى والمضرور الا بمعيار الخطأ ، ومن ثم نجد القضاء مضطرا الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة لأنها الوسيلة الوحيدة لعقاب

(١) المرجع السابق - ص ٤٧٠ ، ومازوتتك - السابق - فقرة

المسئول عن الأضرار الأدبية التي أحدثها بخطئه بعد أن تخلفت
فكرة جبر الضرر (١) .

وفكرة العقوبة الخاصة في نظر هذا الجانب من الفقه هــسي
التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الأدبي ، فدعوى التعويض عن
الضرر الأدبي لا يصرح للدائنين باستخدام حق مدينهم فيها ، كما
أنها كقاعدة تختفى بهواة المورث ، كما أن حق المطالبة بالتعويض
عن الضرر الأدبي ليس مقروا لكل من أصابه ضرر من الوفاة الناجمة
عن الفعل غير المشروع ، ولكن هذا الحق قاصر على الأفراد اللصيقين
بالمورث من عائلته ، وهو لا يتقرر للصديق أو الخطيبة رغم أنهم قد
يلحقهم ضرر يفوق ذلك الذي قد يلحق عائلة المتوفى (٢) .

٤٨٢ — تقدير فكرة العقوبة الخاصة :

ومع وجاهة الأسباب التي يهديها أصحاب هذا الاتجاه
وما تدل عليه من أضفاء صفة العقوبة الخاصة على التعويض عن
الضرر الأدبي ، إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد .

فمثلا نجد أن فكرة العقوبة لا تتفق مع الحالة التي يتحمل
فيها التعويض شركة التأمين ، إذا كان المسئول مؤمنا من المسئولية (٣) ،
كما أن العقوبة تفترض الخطأ ، ولكن من المسلم به أن التعويض
عن الضرر الأدبي يكون أيضا في حالات المسئولية التي لا تستند إلى
الخطأ ، وفي هذه الحالة لا تكون فكرة العقوبة مقبولة ، كما أن صعوبة
تقدير الضرر الأدبي ، وتعذر إزالة هذا الضرر بالنقود لا تصلح فـسي
حد ذاتها سببا لوصف تعويض الضرر الأدبي بصفة العقوبة الخاصة ،

(١) د . محمد إبراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٧٠ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٤٧٢ .

(٣) مازووتنك - السابق - فقرة ٣١٤ .

لأن أساس هذه العقوبة ليس مجرد عدم الارتباط بالضرر، وانما الهدف الردع والعقاب، وهو ما لا يتوافر في كل الحالات، وخاصة عند الحكم بتعويض معتدل عن الضرر الأدبي، كما أن الفقه ينكر صفة العقوبة الخاصة عن تعويض الضرر الأدبي من واقع الانتقابات الموجهة الى العقوبة الخاصة ذاتها، والتي تتنافى مع الأخلاق، لقيامها على مبدأ الانتقام ولما يسمح به الارتباط بمدى جسامة الخطأ من مخاطر نفس التعويض أو المبالغة فيه (١). فضلا عن السلطة التحكيمية للقاضي في انشاء عقوبة لا مبرر لها مع وجود العقوبة العامة (٢).

٤٨٣ — ثانيا : الصفة التعويضية لتعويض الضرر الأدبي :

وهناك جانب آخر في الفقه يقرر أن تعويض الضرر الأدبي تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الاصلاحية في جبر الضرر فضلا عن وظيفة الردع في حالة الخطأ الموصوف .
.. أما عن الوظيفة الاصلاحية لتعويض الضرر الأدبي : فان صعوبة التقييم المالي للضرر الأدبي ، لا تمنع من الحكم بتعويض حقيقي ، ففي الكثير الغالب من حالات التعويض عن الضرر المادي قد يصعب التقييم ، كما في حالة تقييم شيء فريد من نوعه أو نادر الوجود (٣).

(١) د . حسام الدين الأهواني - المرجع نفسه - ص ٤٥٠ ، حيث

يقرر : " ان التعويض الجزائي متقد على أساس ان الضرر يحصل على أكثر مما يستحق ويستفيد من الاعتداء عليه ، وإذا كان التعويض عقوبة جزاء فيجب أن يؤول الى الدولة .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد ابراهيم دسوقي - السابق ص ٤٧٣ .

(٣) مازووتنك - السابق - فقرة - ٣١ ، وراجع : في هذا

المعنى : د . عبدالحى حجازى ، نظرية الحق في القانون المدنى - السابق - ص ٤٥ ، والسنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٧ ، د . جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥ ،

وإذا كان في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ما يشكّل صعوبة أمام القاضى فإنه يمكن تخطي تلك الصعوبة بشي من الملاءمة التي يستوجبها في كل حالة على حدة ، كما أن القول بعدم قابلية الضرر الأدبي للإصلاح غير مقبول ، لأن التعويض لا يمثل دائماً إعادة الحال الى ما كان عليه ، ولكن الغالب أنه يعطى المضرور ارضاءً يعادل في نفسه ما فقده ، حيث يتكون التعويض من شي " يجلب للمضرور شعوراً ساراً يترتب عليه بعض السلوى والعزاء " (١) ، وهذا ما يحصل عند تعويض كثير من الأضرار المالية ، حيث نجد أن التعويض لا يصلح لاستبدال الشيء التالف أو استرداده كاتلاف لوحة فنية نادرة ، وكذلك الشأن في تعويض الضرر الأدبي ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها ، فالملغ المحكوم به عن الضرر الأدبي يأخذ الصفة الحقيقية للتعويض من واقع أنه يمكن المضرور من استبدال ما فقده بشي آخر أو باتفاق النقود في وجه آخر يحقق ارضاءً نفسياً أو مادياً (٢) .

والصحيح أيضاً أن الضرر الأدبي في العصر الحاضر يختلط في غالب الأمر بضرر مادي يتمثل في نقص القدرة على الكسب بسبب تأثر الأحوال العصبية والنفسية للإنسان مما ينعكس بالتالي على طريقة سلوكه في كل شئونه المادية الأخرى ، إذ أن الضرر الأدبي هو في حد ذاته ضرر مادي ، لأن الإنسان كروح ومادة يعتبر جسزاً لا يتجزأ (٣) ، ومن ثم كان تعويض الضرر الأدبي غير خال من فكرة

د . أحمد حشمت أبوستيت - نظرية الالتزام - ص ٤٤٠ ،

وما بعدها - د . محمد إبراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٧٤ .

(١) د . عبد الحى حجازى - المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . عبدالرزاق السنهورى - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٧٨ ،

د . محمد إبراهيم دسوقي ، السابق - ص ٤٧٥ .

(٣) د . محمد إبراهيم دسوقي - المرجع والمكان السابقان .

الاصلاح وتقييم الضرر ، وتقدير مقابل يسمح بجبره بالطريقة المناسبة للمضروب .

وأما عن تضمن التعويض عن الضرر الأدبي لعنصر الردع ففي حالة الخطأ الموصوف ، فإن ذلك العنصر يجد له مجالا هاما وخصيما في هذا النوع من التعويض ، لأن التأثير بمدى جسامه الخطأ هو الطابع المميز للتعويض عن الضرر الأدبي (١) .

فالقاضي وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الأدبي خاصة وأن هذا التقدير لا تحكمه معايير مادية ، لا يستطيع أن يفصل بين شعوره الشخصي ، وشعور المضروب تجاه المسئول ، ومن ثم كان لجسامه الخطأ دور هام في تلك الحالة ، حيث يسترد القاضي فيها حرية المطلقة في التقدير وهو ما يفتقده في تعويض الضرر المادي . وإذا كانت شخصية التعويض من شأنها الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الرادع الكامل ، فقد حاول جانب مسن الفقه أن ينسب صفة التعويض الكامل عن الضرر الأدبي ، حيث يرى أن هذا التعويض لا يكون كاملا أبدا بسبب طبيعته ، ولكن هذا الاعتقاد يمكن أن يرد إذا أخذنا في الاعتبار أن التعويض الكامل يتمثل دائما في منح المضروب إمكانية الحصول على ارضا يعادل ما فقد (٢) .

٤٨٤ — كما أن التعويض عن الضرر الأدبي يعطى القضاة

حرية أكثر في التقدير الذي يتأثر غالبا بمدى جسامه الخطأ ، ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة يقدرون في الغالب تعويضا معتدلا يغلب فيه جانب جبر الضرر ، أو تمكن المضروب من الحصول على شيء من العزاء فيما يحصل عليه من تعويض معقول ، أما في حالة

(١) مارتى ورينو - السابق - فقرة ٥٣٩ .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقي - المصدر السابق - ص ٤٧٦ - وما بعدها .

الخطأ العمد أو الجسيم (١) ، فإن القضاة عادة ما ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بمبلغ أكبر مما لا يجد تفسيره إلا في التأثير بمدى جسامه الخطأ إلى أقصى درجة ممكنة ، ومع ذلك فإنه حتى مع المبالغة في تقدير التعويض في مثل هذه الحالة ، فمن المتعذر القول بأن القاضى قد انفصل تماما عن الضرر الذى أصاب المضرور أو تجاوز حدود التعويض الكامل ، لأن طبيعة الضرر الأدبي تقتضى هذا التحديد لمقدار التعويض .

وهذا الاتجاه هو الذى يترجح في نظرنا ، لأنه يجمع نسي تعويض الضرر الأدبي بين عنصرى الإصلاح والردع ، وهذان العنصران هما اللذان يضيفان على تقدير التعويض في الضرر الأدبي ملامة خاصة تجعله أقرب إلى القبول ، فضلا عما يعطيه للقاضى من حرية في التقدير يقتضيها تغير ظروف الخطأ في كل حالة .

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المدنى فى ٢٨/٦/١٩٦٩م بتأييد حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى قضائها للمدعين بتعويض عن الضرر الأدبي الذى أصابهم بسبب موت مورثهم غرقا فى البحر فى مصيف العجمى وعدم وجود وسائل اسعاف كاملة على الشاطئ مقدارها تسعة آلاف جنيه على محافظة الاسكندرية ، حيث أن هذا الحكم يستوحى جسامه الخطأ - مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٩ - ٢٢٠ - ١٤٤٨ ، وراجع : نقض مدنى فى ١٦/١١/١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض المدنى س ١٦ - ٦٨ - ١٠٨٢ ، حيث أيد حكم الاستئناف للمدعيه بتعويض قدره ألف جنيه عن فقد احدى عينيها نتيجة القاء حجر عليها من عامل مجهول من عمال السكة الحديد فى مطاردة بين بوليس الهيئة ، وعمالها الممتنعين عن دفع أجرة القطارات .

(المطلب الثاني)

طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي

٤٨٥ - وإذا كنا قد انتهينا الى أن التعويض عن الضرر الأدبي من الأمور المشروعة في الفقه الاسلامي ، فإننا نستطيع مسن خلال تحليل طبيعة هذا التعويض أن نستشف من خلال استقراء أنواعه الى تردد هذه الأنواع بين العقوبة التي قد يرد النص عليها شرعا ، وذلك كما في تحديد عقاب القذف في قول الله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون " (١) ، والتي قد يترك الأمر في تقديرها لحكومة العدل كما في الأروش غير المقدرة ، وقد يكون التقدير في العقوبة على الضرر الأدبي بإرشاد الشارع كما في تقدير الدية الكاملة لفوات منفعة الاعضاء مع بقسا أعيانها ، كفوات وصف الكلام أو السمع أو البصر ، فان التقدير في تلك الحالات من قبل الشارع بناء على الدليل ، ولكن هذا التقدير نسي النهاية متوقف على قبول المضرور أو وليه ، ومن ثم كان له أن يعفو عنه ، لأن المصلحة المعتدى عليه تتخض عن خالص حقه .

ومن الأسس التي يقوم عليها تعويض الضرر الأدبي ، مشروعية التعزير ، ومن المعروف أن التعزير يقوم على المرونة في جبر الضرر بما يمكن معه الجمع بين عنصرى الإصلاح والردع الذي يمنع من ارتكاب مثل ما وقع على المعتدى من تعويضه ، وقد جاء في معين الحكام : " والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال " (٢) ، وقد جاء في المغني : " والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب

(١) سورة النور - الآيتان ٤ ، ٥ .

(٢) الطرابلسي - معين الحكام - ص ١٩٥ ، وفي هذا المعنى : الحسبة لابن تيمية - ص ٤٩ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٣ - ص ٢٧٥ .

(الضرر الثاني)

قيود انتقال الحق في التعويض الى الورثة

أما بخصوص انتقال حق التعويض الى الورثة ، فان الفقه والقضاء يفرقان بين الضرر المادى والضرر الأدبى من ناحية انتقال كل منهما الى الورثة وينبغى بيان ذلك .

٤٩٦ — أولاً : انتقال الحق في تعويض الضرر المادى :

أما الضرر المادى فانه هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية ، وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله ، أى في حق من الحقوق التي تدخل في تقييم ثروته ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده القدرة على الكسب ، سواء كان فقد القدرة كلياً أو بعضياً ، أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عملاً ، والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان نفسي جسمه اصابة تسبب له آلاماً جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية .

٤٩٧ — أ — أما بالنسبة للضرر المادى المتعلق بالمال :

فانه لا خلاف بين الفقهاء في أن الضرر المادى الذى يصيب المال مباشرة يخول المضرور حقاً في التعويض يعتبر حقاً مالياً له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته سواء أكان قد طالب به أمام القضاء وحكم له به قبل وفاته أم لم يطلب ، أم طالب ولم يحكم له (١) .

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - ص ٢٤١ ، والفعل الضار - السابق - ص ١٦٣ ، ومصطفى مرمى بك - السابق - فقرة ٣٢٥ ، د . أحمد شرف الدين - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدى - ص ٧٩ وما بعدها ، د . سعيد عبدالسلام - التعويض عن ضرر النفس - ص ٢٢٣ وما بعدها .

ويتفرع على هذا الحكم ، ان هذا الحق يأخذ حكم سائر موجودات التركة ، ويقسم بين كل منهم حسب نصيبه الشرعى ، سواء منهم من ارتد عليه ضرر شخصى نتيجة للضرر الذى وقع على المورث الأسمى ، ومن لم يرتد عليه أى ضرر ، غاية الأمر ان من ارتد عليه ضرر شخصى ، يثبت له فوق حقه الموروث فى التعويض الذى نشأ فى ذمة مورثه ، حق خاص ينشأ فى ذمته هو مقابل ما أصابه من ضرر شخصى (الضرر المرتد) ، فيجمع فى هذه الحالة بين الحقين ، لأنهما من ضررين متميزين لا تتنافى المطالبة بتعويض أحدهما مع المطالبة بتعويض الآخر (١) ، وقد سبق بيان ذلك فى القسم الأول من هذا البحث (٢) ، فإذا كان المورث الذى مات بسبب الفصل الضارى يعول واحدا فقط من ورثته كزوجته ، دون الآخرين كابنائيه الذين بلغوا رشد هم واستقلوا بمعيشتهم ، فإنه يثبت للوارث المعول حق شخصى فى التعويض خاص به ، فوق نصيبه الموروث فى التعويض

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٩١٨ - فقرة ٦١٦ ، حيث يقرر ان القاعدة هى ان المطالبة بالتعويض تثبت لخلف المضرور ، عاما أو خاصا ، وهو "لا" هم الوارث والدائن والمحال له ، د . جمال زكى - السابق - ص ٥١٢ ، د . أحمد سلامة - السابق - فقرة ١٨٢ - ص ٨٥ ، د . محمد لبيب شنب - السابق - ص ٣٤٠ ، د . عبدالحى حجازى - السابق ص ٤٨٩ ، وراجع : نقض جنائى مصرى فى ١٢ مارس ١٩٤٤م - المحاماه ٢٦ - ٢١٢ - ٥٦٥ ، حيث يقرر انتقال الحق فى التعويض عن الضررين الأدبى والمادى الناشئين عن الاصابة الى ورثة المضرور .

(٢) انظر: ص ١٠٨ وما بعد ها من هذا الكتاب .

٤٨٨ — ويبدو مما ذكرته المادة (٢٢٢) ان القانون المدني الجديد قد سلك منهج التشديد في تعويض الضرر الأدبي من ناحيتين ، الأولى : ناحية من له الحق في المطالبة به ، والثانية : ناحية تقييد انتقاله الى الغير . ونود أن نشير الى ذلك في فرعين :

سنة ١٩٤٠ م ، بأن الورثة لا ينتقل اليهم حق مورثهم في التعويض من الضرر الأدبي الا اذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث اما باتفاق مقدم أو بحكم نهائي ، فاذا مات أثناء نظر القضية أمام المحكمة لا ينتقل حق التعويض ، مشار اليه في السنيهوري - السابق - نفس المكان - هامش (١) .

(الفرع الأول)

الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة
بالتعويض عن الضرر الأدبي

٤٨٩ - وبداية فان كل من أصيب بضرر أدبي له الحق فسي المطالبة عنه ، فاذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، يجسب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حسق التعويض عن موته الى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصى من جراء موته .

أما الضرر الذى أصاب الميت نفسه فلا ينتقل حق التعويض عنه الى ورثته ذلك ان التعويض عن الضرر الأدبي ، لا ينتقل بالميراث الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ، ونبي تلك الحالة لا يتصور شي من ذلك ، لأن الضرر بموته لا يمكن أن يكون قد حدد التعويض لا باتفاق أو مطالبة أمام القضاء (١) .

٤٩٠ - بقى الضرر الذى يصيب ذوى الميت بطريق مباشر ، وهنا عرض النص الى تحديد من منهم يجوز الحكم له بالتعويض ، فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية (مادة ٢٢٢ / ٢) ، ويتبين من ذلك ان الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت الى الدرجة الثانية ، وهم أبوه وأمه وجدده وجدته لأبيه وأولامه ، وأولاده وأولاده وأخوته وأخواته ، ولا يعطى القاضى تعويضا لهؤلاء جميعا اذا وجدوا ، ولكن يعطى التعويض لمن أصابه منهم ألم حقيقى بموت المصاب يتحقق معه وجود الضرر الأدبي المتمثل في الحزن الشديد والألم المرير ،

(١) السنهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٨٦٩ .

وبداهة فان هذا الضرر يختلف عن الضرر المادى ، حيث تكسبون العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ، ومن كان الميت يعولسه فعلا ، فاذا كان الأقارب لا يدخلون ضمن هو "لا" الذين حددتهم المادة السابقة ، فانهم لا يكونون أحرى بالحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعوهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب ، فمثلا لا يجوز الحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الاخوة والأخوات ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للاصدقاء مهما كان الميت قريبا السى نفوسهم (١) .

٤٩١ - أما اذا كان المصاب لم يمت فتعويض ذويه عن الضرر الأدبى الذى لحقهم باصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر، وإن كان النص لم يعرض الا لحالة الموت ، وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى ، ومن الصعب - كما يقول الاستاذ الدكتور السنبورى - أن نتصور تعويضا يعطى عن الضرر الأدبى في هذه الحالة لغير الأم والأب (٢) .

(١) كان القضاء المصرى فيما مضى يضيق من درجة الأقارب فيقتصر حق التعويض على الأب والأم فقط ، حكم محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ، ٥٤ - ص ١١٧ ، بل ان الأب اذا قامت قرينة على كرهه لولده كهجره اياه أو عدم التفكير فيه الا عند موته ، لا يكون حريصا بالتعويض عن موته ، استئناف مختلط في ١ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ - ص ٣٤٩ ، وكان المشروع النهائى للمادة المذكورة قد وسع في حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانسون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النجوالذى تمت به المادة (٢/٢٢٢) ، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٥٦٨ .

(٢) الوسيط - ج ١ - ص ٨٧١ .

٤٩٢ - مقاصد التقييد في التشريع المصري :

لقد رأى المشرع المصري ان اطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي ، يجعله يشمل الضرر الأدبي الذي يتردد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلي مادي أو أدبي يقع على شخص معين ، كالحزن الذي يصيب أقارب القتيل ، وأصدقاءه ، ومريديه وجيرانه ومعارفه ، وانه يخشى من ذلك أن يحفز عدد كبيراً من أولئك الأقارب والأصدقاء والمعارف الى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ، ويهبط ذلك ذمة المسئول ، وقد يسبب اعساره ومزاحمة طالبي التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الأقربين ، حين لا يحصلون في ظل ذلك الاطلاق من التعويض المستحق لهم الا على قدر يسير (١) .

وقد كانت المحاكم قد لاحظت ذلك من قبل ورأت ضرورة تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم المطالبة بتعويض عما يصيبهم من ألم بسبب الاعتداء على حياة المجنى عليه الأصلي ، فقضت في بعض

- (١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٥٩ ، وراجع في هذا المعنى : د . أحمد حشمت أبوستيت - مصادر الالتزام - ص ٤٤٢ - طبعة ١٩٥٤ م ، وقارن : د . جميل الشرقاوي - السابق - ص ٤٨٦ ، حيث يقرر : " ان نص المادة ٢٢٢ بقصر حق طلب التعويض عن الحزن لما ينزل بالغير على حال الوفاة دون غيرها من الاصابات ، وبالنسبة للأشخاص الذين يحدد لهم ، ولا يجيز طلب التعويض لهذا السبب في أية صورة أخرى للتألم لما يحل بالغير " ، وراجع : د . عبد الحى حجازي - السابق - ص ٤٧٧ ، د . عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٤٩٤ ، د . أنور سلطان - السابق - ص ٣٣٠ ، د . عبد الودود يحيى - مصادر الالتزام - ص ٢٢٨ .

الأحوال بالتعويض للأب والأم عن وفاة ولدهما وللأبن والبنات عن وفاة والدهما ، وقضت به أحيانا للأب والأخوة معا ، أو للأخت الشقيقة أو للأخت لأم عن وفاة أخيها ، أو للخال عن وفاة ابن اخته ، لكنها أحيانا أخرى رفضت التعويض للأخوة لأم ، بل حتى للأخوة الأشقاء ، وقصرته على الأصول والفروع ، وذهب بعض تلك الأحكام إلى قصر التعويض عن الضرر الأدبي على الابن الصغير دون الزوج أو الأب ، غير أنها في الأحوال التي رأت فيها جواز المطالبة بتعويض لم تكثف بدرجة القرابة في ذاتها ، بل باعتبارها قرينة قابلة لاثبات العكس على تحقق الضرر الأدبي في شخص طالب التعويض ، فرفضت تعويض الأب عما ادعاه من ضرر أدبي أصابه بسبب موت ابنه بعد أن ثبت لديها ، أنه كان قد ترك ابنه وشرده ، ولم يعد يهتم به إلا منذ علم بوفاة ، ورأى فيها فرصة للكسب ، كما رفضت دعوى التعويض باسم أطفال صغار عن الضرر الأدبي الذي أصابهم بموت أخيهم ، إذ وجدت أن صغر سن المدعين يجعلهم بعيدين عن الإحساس بألم حقيقى لموت أخيهم ، أى أن المحاكم كانت تعتبر الأمر في صلة طالب السبب التعويض بالمجنى عليه الأصلي ، وفي تحقق الضرر فيه أو عدمه ، متعلقا بالواقع ، ومتروكا لتقديره لمحكمة الموضوع بحسب كل حالة وظروفها (١) ، بل إن بعض المحاكم قد فرضت من لدنها حولا ينقصها السنسنة التشريعية ، فجنبنا القانون المدني الجديد مشقة ذلك (٢) . وبذلك قيد المشرع المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبي المرتد وبين عزيزه الذي فقده ، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر ، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذى يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ، ما لم يكن طالب التعويض زوجا لذلك الميز أو قريبا له من الدرجة الثانية ، وليس معنى ذلك أن هؤلاء الأشخاص يجوز لهم جميعا لمجرد صلتهم بالمجنى عليه طلب التعويض عن موته ، بل لا بد أن يثبت كل من

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - السابق - ص ١٦٠ ، والأحكام المشار إليها فيه .

(٢) د . أحمد حشمت أبوستيت - المرجع والمكان السابقان .

الآخرين فيه ، فلا يحجب أحدهم غيره ، ولا يلزمون بمراعاة أى ترتيب
في رفع دعاواهم فيجوز مثلاً ، للأب وللأم أن يطالبا بالتعويض عن
قتل ولدهما في دعوى واحدة فيحكم لكل منهما بما يستحقه من
تعويض بقدر ما أصابه من ضرر ، ويجوز أن يرفع كل منهما دعوى مستقلة
بحقه ، وأن يكون ذلك في وقت واحد أو على التوالي ، ولا تؤثر دعوى
أيهما في الدعوى الأخرى ، كما أن الدعوى المرفوعة منهما معا أو من
أيهما ، لا تحول دون مباشرة زوجة ولدهما المجنى عليه الأصلي
أو أولاده حقوقهم في طلب التعويض عما أصابهم شخصياً من أضرار
مادية وأدبية (١) .

٤٩٥ — اتجاه بعض التشريعات في توسيع دائرة الأقارب :

ذلك هو موقف القانون المدني المصري ، وهو الموقف الذى
اختاره المشرعان السوري والليبي ، أما التقنينات العراقي والأردني
واللبناني فقد نحى كل منها منحى آخر ، فالمشرع العراقي لم يشأ
فيما يتعلق بالأقارب الذين يترد عليهم ضرر أدبي بسبب موت المجنى
عليه الأصلي ، أن يتبع التحديد الذى أخذ به التقنين المصري ،
ومن بعده التقنينان السوري والليبي ، فلم يقصر الحق في التعويض
في هذه الحالة على الأقارب الى الدرجة الثانية ، بل أطلقه حين نص
على أنه يجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما
يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب فجعل تقدير صلة القرابة
متروكة للمحكمة تقضى فيها بما تراه .

وقد اختلف الفقه في ذلك ، فذهب رأى وجيه الى أنهم يجب
أن يكونوا من ورثة هذا الأخير (٢) ، بينما ذهب رأى آخر الى أن تقدير
القرابة متروكة للمحكمة لتقديرها من واقع ظروف كل حالة (٣) ، وفي نفس

(١) د . سليمان مرقس - السابق - ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) د . حسنى الذنون - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - ص ٣١١ ،

بغداد ١٩٦٩ م .

(٣) د . عبدالمجيد الحكيم - مصادر الالتزام - ص ٥٣٦ ، بغداد

سنة ١٩٦٩ م .

هذا المعنى ، نصت المادة (٢/٢٦٧) من التقنين المدني الأردني بقولها : " ويجوز أن يقضى بالضمان (في الضرر الأدبي) للأزواج ، والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب " . وقد ورد نفس لفظ تلك المادة في مشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد الذي أعدته لجنة الخبراء بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية في الدائرة القانونية بتونس سنة ١٩٨٤ م ، وذلك في المادة (٢/٢٧١) من مشروع هذا القانون (١) ، أما القانون اللبناني فقد أجاز للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القرى الشرعية ، أو صلة الرحم وذلك في المادة (٣/١٣٤) موجبات وعقود ، ويرى الاستاذ الدكتور أنور سلطان : ان لفظ الرحم في النص العربي هو ترجمة خاطئة للفظ alliance الوارد في النص الفرنسي وترجمته الصحيحة ، المصاهرة ، وعلى هذا يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي في القانون اللبناني على الأشخاص الذين تربطهم بالمصاب قرابة نسب أو مصاهرة ومنهم الزوجان ، وهذا الحكم يؤخذ ، في حالة موت أو عدم موت المصاب (٢) .

(١) ملحق في الفعل الضار ، للدكتور مصطفى الزرقا - ص ٢٢٥ ، دار القلم بدمشق .

(٢) د . أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - ص ٣٣٠ - دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣ م ، د . محمد لبيب شنب - موجز فسي مصادر الالتزام - ص ٢٣ - دار النهضة العربية ١٩٦٩ م .

إذا رآه الامام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وما كان من التعزير —
منصوصا عليه يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصا عليه —
إذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينجبر إلا به ، وجب لأنه
زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحديث (١) .

ومن المؤكد أن قيام التعويض عن الضرر الأدبي في كثير من
صوره على التعزير يعطيه قدرا كبيرا من المرونة التي يقدر القاضي من
خلالها على اصلاح الضرر بصورة طيبة .

٤٨٦ — محل المصلحة المعتدى عليها في الضرر الأدبي :

وإذا تأملنا محال المصالح المعتدى عليها في الضرر
الأدبي نجد أنها تمثل حقوقا مشتركة بين حق الله وحق العبد ، وحق
الله فيها غالب ، كما في حالة حد القذف ، لما في سبب حد القذف
من رمي للمؤمنين والمؤمنات بما يؤذيهم وفي نفس الوقت فإن هذا
الفعل يتضمن خدشا للحياة العام في المجتمع ، وإشاعة للفاحشة في
الذين آمنوا ، بما يشكل مع التعدي على حق المعتدى عليه ، تعديا
على حق المجتمع في حفظ حياته وعدم إشاعة الفاحشة فيه .
كما تنطوي الجريمة على اعتداء على حق خالص للعبد ، ولذلك
يمكن القول : أن اصلاح الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي ، ليس
صفة اصلاح الضرر من ناحية ما يتقرر في حالة التعدي على حق الفرد ،
وله أيضا صفة الردع في حالة العقاب المقرر لغلبة حق الله في المصلحة
المعتدى عليها بالضرر الأدبي ، والتعزير يمكن أن يجمع في طياته
بين هذين المعنيين ، وأن طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه
القانون يمكن أن تكون قريبة مما هو مقرر لها في الفقه الاسلامي الى حد
كبير .

(١) المغني - لابن قدامة - ج ٨ - ص ٣١٦ .

(المبحث الثاني)

مدى انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي
في الفقهاء الاسلامي والوضعى

(المطلب الأول)

مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي
الى الورثة في قته القانون

٤٨٧ — الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي انه شخصى مقصور على المضرور نفسه ، فلا ينتقل الى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال الا اذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة ، وقد عرضت المادة (٢٢٢) لتحديد ذلك فذكرت ان انتقال حق التعويض لا يتم الا باحدى طريقتين : أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، وتحديد التعويض على هذا الوجه يقتضى اتفاقاً بين الاثنين ، أو أن يكون الاتفاق قد استعصى فلجأ المضرور الى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أن يكون قد رفع الدعوى فعلاً أمام المحاكم ، أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض الى أحد ، بل يزول الحق بموت (١) المضرور .

(١) كان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم ، لكنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى اذا لم يوجد اتفاق بالمطالبة القضائية ، بل يشترط صدور حكم نهائى يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره ، الوسيط للسنهورى - ج ١ - ص ٨٧١ وما بعدها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ ٢٧ نوفمبر

الذى نشأ في ذمة مورثه والذى يشاركه فيه سائر الورثة^(١).

٤٩٨ ب - وأما الضرر المادى الناشئ عن المساس بحق أدبى :

وأما عن الضرر المادى الناشئ عن المساس بحق أدبى كالذى يصيب الانسان من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه يعطى المضرور حقا فسي التعويض ، لكن هذا الحق يكون حقا شخصا بحيث لا ينتقل من بعده الى ورثته (٢) غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضى تحت تأثير الفقيه لابييه Labbe ، وقررت ان الضرر المادى سواء أصاب المضرور في ماله مباشرة أم أصابه من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو سمعته يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية ، وينتقل من بعده الى ورثته (٣) .

ان ممارسة الورثة لهذا الحق يعتبر نوعا من اعادة التوازن الى ذمة المتوفى ، واذا كانت الوفاة قد حالت دون أن يباشر المضرور عملية اعادة هذا التوازن فلا أقل من يمارسه الورثة نيابة عنه باعتبارهم امتدادا لشخص مورثهم (٤) ، فان قيل ان المضرور المباشر لا يمكنه بداهة بعد وفاته أن يطالب بالتعويض فلا يجوز لورثته أن يطالبوا بما لم يقدر هو على المطالبة به ، فان هذا القول يمكن رده بوجوب التفرقة بين الحق في التعويض ، وبين استعمال أو ممارسة الدعوى بهذا الحق ، اذ ان استحاله مباشرة الدعوى من المضرور لا تعنى عدم الانتقال الى الورثة ، ان حق التعويض اذا كان قد ترتب للمضرور قبل وفاته ، أليس من العدل أن يسمح لورثته بمباشرة الدعوى

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٤ .

(٢) د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام - السابق - ص ٢٤١ وما بعدها ، د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٨٠ وما بعدها .

(٣) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٢٤٢ .

(٤) مازو - السابق - ج ٢ - ص ١٠٣٣ .

به متى استحال عليه ذلك لأسباب لا تتعلق بموضوع حقه ، ولكن
لعدم وجود الوقت الكافي الذي يملك أن يباشر هذه الدعوى خلاله ،
والورثة حين يباشرون هذه الدعوى انما يفعلون ذلك باعتبارهم امتداد
لشخص هذا الأخير أو نوابه الطبيعيين (١) .

فالخلاصة : ان الحق في التعويض عن الضرر المادى الناتج
من الاصابة الجسدية أو عن الموت ينتقل مع باقى عناصر ذمة المتوفى
الى ورثته ، وليس في القانون ما يمنع ذلك بل ان العدالة توجبه (٢) .

٢٩٩- ثانياً: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدهى :

لا يثور التساؤل بالنسبة لانتقال الحق في التعويض عن
الأضرار الجسدية في جانبها الأدهى الى الورثة الا في الحالة التى
يتوفى فيها المضرور قبل أن يحصل على حكم بهذا التعويض ، سواء
أكان قد رفع الدعوى به أم لم يرفع ، أما اذا كان المضرور قد رفع
الدعوى وحصل على حكم فيها بالتعويض فان مبلغ التعويض يدخل
في ذمته المالية وينتقل الى ورثته بعد وفاته مثله في ذلك مثل باقى
عناصر التركة .

فاذا توفى المضرور قبل أن يحصل على حكم بالتعويض عما لحقه
من ضرر ، وبصفة خاصة قبل أن يرفع الدعوى به ، فهل ينتقل الحق
فيه الى ورثته ؟ (٣) .

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٨٢ .

(٣) هذا السؤال يعرض أيا كانت طبيعة أو صورة الضرر الأدهى
يستوى أن يكون ألما جسدياً أو نفسياً نتج عن الاصابة
الجسدية ، ألم من جراء فقد عزيز ، الاعتداء على الشرف
والاعتبار ... الخ ، ذلك ما عبرت عنه الدائــــــــــــرة
المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية عن الضرر الذى لحق
المورث ، والذى يطلب الوارث تعويضه: بأنه ضرر
وراثى .

ان الاجابة عن هذا التساؤل يتنازعها عدد من الاتجاهات التي تدور بين الاطلاق والتقييد ، مما يقتضى بيان تلك الاتجاهات وموقف القانون المدنى المصرى منها .

٥٠٠ - ١ - الاتجاهات التى تحكم انتقال حق التعويض

من الضرر الأدهى :

هناك اتجاهان رئيسان يحكمان انتقال حق التعويض عن الضرر الأدهى الى الورثة أولهما : الاتجاه المقيد والذي يبدو أنه قد ولد متأثرا بالخلاف الذى ثار حول استحقاق المصاب تعويضا عنه أو عدمه ، حيث ان هذا الخلاف قد أثر في قوة هذا الحق بعدم أن اعترف به ، ومن ثم في جواز انتقاله الى الورثة أو عدمه (١) ، وهذا الاتجاه يقوم على أسس معينة تتعلق بنشوء الحق في التعويض وطبيعته ، وموقف المضرور قبل وفاته ، والهدف من التعويض عن الضرر الأدهى ، وقواعد الاختصاص القضائي ، وثانيهما : الاتجاه الثاني وهو الذى ينادى بانتقال هذا الحق الى الورثة ما دام المضرور لم يتنازل عنه قبل موته ، ونبين هذين الاتجاهين :

٥٠١ - الاتجاه الأول : تقييد انتقال حق التعويض الى الورثة :

من المعروف ان اتجاه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر نحو تعويض الضرر الأدهى ، جاء على انقاض رفض المحاكم التسليم بهذا الحق أول الأمر بناء على الحجج المعروفة والتي منها : ان الضرر الأدهى لا يعتبر خسارة مالية ، فلا يجبر بالتعويض المالى ، وان تعويضه بالمال مما ينافى المثل العليا ، وانه لا يمكن تقويمه بالمال مما يقطع بأن تقديره سيكون تحكما فلا يمكن أن يحقق العدالة ، غير أن المحاكم قد عدلت عن هذا الاتجاه ، وانعقد اجماع الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدهى منذ زمن ، غير ان هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر

(١) د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٤ .

الأدبي ، ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، مما جعل الشراح والمحاكم يختلفون في طبيعة هذا الحق على نحو يجعل انتقاله الى الورثة محكوماً بإزالة الخلط الذي وقع حول طبيعته (١) .

٥٠٢ - الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد :

وكما سبق القول ، فإن الاتجاه المقيد لانتقال الحق فسي التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة يستند الى حجج مستمدة من اعتبارات تتصل بنشوء هذا الحق وطبيعته ، ومن موقف المضرور قبل وفاته ، ومن الهدف من التعويض ، ومن قواعد الاختصاص القضائي :

٥٠٣ - أ - طبيعة الحق ونشأته :

يعتبر التعويض عن الضرر الأدبي في رأى بعض الفقهاء حقاً شخصياً يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ، ومن ثم دخوله فسي ذمة المضرور على تقدير هذا الأخير ومطالبته به ، ويترتب على ذلك انه اذا توفى المضرور قبل أن يطالب بهذا الحق ، فإنه ينقضى ويستتبع انتقاله الى ورثته (٢) ، ذلك أن الضرر لا يمس ذمة المضرور لأنه ضرر غير مالى لا تنقضى به الذمة المالية للمضرور ، وليس للورثة بالتالى المطالبة بجبر هذا الانتقاص لأنه لم يوجد ، وحتى اذا قيل ان دعوى التعويض تعتبر حقاً مالياً ، فإن المضرور وحده هو الذى يستطيع أن يباشرها لسببين :

أولهما : ان التعويض المقابل لحق غير مالى يصعب تقديره بدون تدخل المضرور لأنه وحده هو الذى يستطيع أن يفصح عن مقدار ما حل به من ضرر .

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام - السابق - ص ٢٤٢ - وما بعدها .

(٢) د . أحمد حشمت أبوستيت - السابق - فقرة ٤٦٧ ، وعبد السلام ذهني بك - في الالتزامات - فقرة ٧٩٤ - ص ٧٣٥ ، د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٤ وما بعدها ، وبحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٤٢ وما بعدها والمراجع المشار اليها فيه ، د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٩٣ .

ثانيهما : ان هذا الحق يتصل بشخص المضرور طبقا للمادة (٢٣٥) مدنى مصرى والمادة (١١٦٦) مدنى فرنسى ، واللذان تعالجان أمر استعمال الدائنين للدعوى غير المباشرة ، بحيث لا يجوز لغير شخص المضرور أن يقوم مقامه في المطالبة به ، ومؤدى ذلك ان الحق في التعويض عن الضرر الأدبى لا يعتبر حقا ماليا الا اذا رفع المضرور الدعوى به قبل موته ، فدعوى التعويض عن الضرر الأدبى ، لا تأخذ الطابع المالى الا اذا قرر المضرور أن يحولها الى حق مالى من خلال رفعها ، حيث يكون بذلك قد حول الضرر الأدبى الى حق مالى يدخل في ذمته المالية وينتقل بموته الى ورثته (١) .

٥٠٤ - ب - افتراض تنازل المضرور قبل وفاته :

ومن الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد لانتقال الحق نسي التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة ، افتراض ان المضرور قد تنازل من حقه في التعويض قبل وفاته ، وذلك استنادا الى ما تقضى به قواعد القانون الرومانى ، من أن المضرور اذا توفى قبل أن يرفع دعوى التعويض الناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ، يجوز أن يكون قد تنازل عنها قبل وفاته (٢) . ومن ثم فانه ليس للورثة بعد ذلك أن يباشروا هذه الدعوى ، يضاف الى ذلك ان تلك الدعوى انما تستهدف اشباع رغبة الانتقام لدى المضرور ومثل تلك الدعاوى تنقضى بموت صاحبها ، فاذا توفى هذا دون أن يرفعها ، فيفترض أنه قد

(١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٩٤ .

(٢) حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٠م في القضية رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠ القضائية ، وقد جاء فيه : ان القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى تأسيسا على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته ، وراجع : تعليق د . سليمان مرقس على هذا الحكم - في بحوث وتحقيقات - السابق - ص ٢٣٩ وما بعدها .

عنى عن المسئول (١) .

٥٠٥ — ج — شخصية التعويض من الضرر الأدبى :

ويقول أنصار الاتجاه المقيد : ان الهدف من تعويض الضرر الأدبى ذو طابع شخصى يقتضى منح التعويض لمن أصيب شخصيا بالضرر ، ذلك ان القيم المعوض عنها هى فى الأصل قيم غير مالية ، ومع ذلك فانها رغم عدم ماليتها تسمو على القيم المالية وتسبقها فى نفس المضرور ، ومن ثم فانه لا يمكن لأى مبلغ من النقود أن يجبر مثل هذا الضرر الذى يمس تلك القيم اللهم الا اذا استهدف المبلغ المدفوع كتعويض عنها التخفيف عن المضرور وتسليته ، وهذا يقتضى دفع التعويض له شخصا ، كما ان دفعه الى الورثة - شأنه كذلك - يخالف المقصود منه ، ويتعارض مع الارتقاء الانسانى للشخص ، وسيعتبر التعويض عقوبة للمسئول أكثر منه تعويضا للمضرور ، كما انه سيعتبر اثرا للورثسة بسبب ما أصاب مورثهم من ضرر أدبى ، وهذا الاثر ليس له ما يبرره (٢) .

٥٠٦ — د — مخالفة انتقال التعويض لقواعد الاختصاص القضائى :

وهناك أساس رابع يستند اليه الاتجاه المقيد ، حاصلة : ان القول بانتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى يتنافى مع قواعد الاختصاص القضائى ، والتي بمقتضاها لا يسمح قانون الاجراءات الجنائية برفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية الا لمن أصابه ضرر مباشر وشخصى من جراء الجريمة ، ولئن كان الضرر الأدبى بالنسبة للمضرور يعتبر ضررا شخصا ومباشرا ، فانه لا يعتبر كذلك بالنسبة لورثته ، وقد رفضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية - تطبقا لتلك القواعد - قبول الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بتعويض ما أصاب مورثهم من ضرر أدبى بسبب الاعتداء عليه ، اذ أن مثل هذا الضرر وتعويضه يعتبر من الأمور الشخصية بالنسبة للمضرور ، فلا

(١) كاربونيه فى القانون المدنى - ج ٤ - ص ٣١٥ ، مشار اليه فى

د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٩٥ .

(٢) د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٤٧٦ ، د . أحمد

شرف الدين - المرجع السابق ص ٩٦ ، والمراجع المشار اليهافيه .

يجوز لورثته أن يقوموا مقامه في رفعها إذا كان المضرور نفسه لم يرفعها أثناء حياته (١) .

هذه هي الأسس التي استند اليها أصحاب الاتجاه المقيد ويبدو أنها لم تسلم من المناقشة ، حيث أورد أصحاب الاتجاه الثاني والذي يقضى بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة ، عليها عددا من المناقشات التي تردّها والتي يتأسس عليها رأيهم كما سنرى .

٥.٧ - الاتجاه الثاني : انتقال حق التعويض ما دام المضرور

لم يتنازل عنه :

وهذا الاتجاه يعتبر عكس الاتجاه المقيد ، وقد قال به فريق من الشراح ، وحاصل رأيهم ، أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ينتقل إلى الورثة مثله في ذلك كمثل الضرر المادي ، وليس هناك من قيد على هذا الانتقال سوى عدم تنازل المضرور عنه (٢) ،

(١) في هذا المعنى : حكم محكمة النقض الجنائي المصري نسي ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ، مجموعة النقض الجنائي - السنة ٢٥ - ص ٣٦ ، ونقض جنائي فرنسي في ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ - دالوز ١٩٦٠ - ٤٧٤ ، مشار إليه في د. أحمد شحرف الدين - السابق - ص ٩٦ - هامش ٣٢٥ .

(٢) راجع : د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٤٥ ، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (نقض بلجيكي ١٩٣٠/٦/٣٠ ، مجلة التأمين والمسؤولين - ص ١٠٥٩) وتابعتها في ذلك سائر المحاكم البلجيكية ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس نسي حكمين بتاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ، ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ ، ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيو سنة ١٩٤٣ ، المرجع والمكان السابقان ، دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٤ - ص ١٤١ هامش (٣) ، وقد جاء في الحكم الأخير : أن هذا الحق ينتقل إلى ورثة المجنى عليه كما

وقد خُطت المحاكم الفرنسية ، ومن قبل محكمة النقض البلجيكية خطوات إلى الامام بخصوص تدعيم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي من خلال اعتناق هذا الاتجاه بينما سارت المحاكم المصرية في هذا الاتجاه خطوة إلى الوراء ، حيث تشددت في انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة ، فلم تكف في هذا الصدد بأن يكون المصاب قد طالب بهذا الحق حال حياته ، بل اشترطت أن يكون حقه قد تقرر قبل وفاته أما بحكم نهائي وأما باتفاق بين الطرفين (١) .

ينتقل اليهم حقه في التعويض عن الضرر المادي ما دام المجنى عليه لم ينزل عنه قبل وفاته .

(١) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ ، ٥٣ - ٢٠ ، ١٥ و ١٩٤٨ ، ٥٠ - ٣٦٢ وقد جاء فيه : " أن حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب المجنى عليه في حادثه ، كالآلم الجسماني والاضطراب النفسي ، حق متصل بشخصه مقصود منه إيصال التعويض إليه شخصياً ، فهو حق غير داخل في ذمة المجنى عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة ، فينتقض بوفاته المجنى عليه قبل تقريره ، ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة ، غير أن محكمة النقض المصرية قد عدلت فيما يبدو من هذا الاتجاه في حكمين لها صدر الأول منهما في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه ٣٢ - ١٢٨٦ - ٣٥٤) وقد نص على أن حق التعويض عن الضرر الأدبي ينتقل إلى الورثة ما دام المورث لم يكن قد نزل عنه قبل وفاته ، وصدر الحكم الثاني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ (المحاماه - ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٣٤) ، وقد نص على أن : حق المورث في تعويض الضرر الأدبي والدعوى به من الحقوق المالية التي تعد جزءاً من تركته تنتقل بوفاته إلى ورثته ما دام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه ، وراجع في التعليق على هذين الحكمين : د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٣٨ وما بعدها حيث يرى : أن محكمة النقض لم تخرج في هذين الحكمين على مقتضى أحكام القضاء السابقة ، لأن

لكن القائلين بهذا الرأي لن يسلم لهم ما يريدون تقريره دون أن يتناولوا الأسس التي يقوم عليها رأي مخالفينهم بالمناقشة التي يستبين منها ، صلاحية تلك الأسس لبناء الحكم عليها ، ومن ثم ومن خلال ردهم لها يقيمون رأيهم .

٥٠٨ — مناقشة الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد :

من الأهمية لأصحاب الاتجاه القاضى بنقل التعويض من الضرر الأدبي الى الورثة أن يناقشوا الأسس التي استند اليها المقيدون لاكتفال هذا الحق ، ومدى صحة ما أبدوه من أسانيد قانونية ففيما يتعلق بنشوء الحق في التعويض وطبيعته غير المالية فان القول بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي لا يعتبر حقا ماليا ، ولا يدخل بالتالى في ذمة المضرور الا بعد أن تصدر منه المطالبة به ، هو قول لا يتفق مع القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ولا مع المنطق ، لأن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مثله في ذلك كمثل التعويض عن الضرر المادى تنشأ المصلحة فيه للمضرور من وقت وقوع الفعل الضار ، ومن ثم فلا محل لتعليق نشوء هذا الحق على المطالبة به ، فضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق ، لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها ، لا تصح قبل وجود الحق . المطالب به ، والقول بذلك يسوئدى الى الدور في حلقة مفرقة ، ويجعل نشوء الحق في التعويض مستحيلا (١) .

فان قيل ان دين التعويض النقدي لا يوجد الا من يوم الحكم به ، بحيث يعتبر الحكم منشئا أو محدد الحق في التعويض ، قلنا ان هذا الحكم نفسه يعتبر كاشفا لهذا الحق الذى وجد من حيث

موضوع الدعوى الأولى كان ضررا جسيما ماديا لا ضررا أدبيا
بحثا ، والدعوى الثانية كان حق المصاب قد تقرير بطلبه قبل وفاته فانتقل حقه الى ورثته .

(١) د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات - السابق - ص ٢٤٤ .

المبدأ من وقت الفعل الضار ، ان الالتزام الذى يقابل الحق هو التزام مالى ، قابل للتقويم النقدي ، وحكم القاضى كاشف بتعلق مبدأ التعويض ولكنه منشئ بالنسبة لتحديد محله من ناحية صورته ومقداره ، وهنا عليه يكون الحق في التعويض حقا ماليا قبل رفع الدعوى به وقبل صدور الحكم بشأنه (١) .

٥٠٩ — والقول بأنه يصعب تقدير الضرر الأدبي السذى أصاب المضرور اذا لم يرفع الدعوى بنفسه ، غير مقبول لعدة اعتبارات ، منها : ان الضرر لا يقدر بواسطة المضرور ، وانما يقدره القاضى ، وصعوبة تقدير الضرر موجودة حتى لو رفع المضرور الدعوى بنفسه ، فهو أمر لا يمنع من قبول الدعوى (٢) ، بل ان قرب الورثة من المضرور ، ومعاصرتهم لآلامه يمكنهم من معرفة ما أصابه من ضرر بصورة أكثر وضوحا من تلك التي يمكن أن يتوصل اليها القاضى من طريق الخبراء (٣) .

٥١٠ — وما يقول به أصحاب الاتجاه العقيد من أن الحق في التعويض من الضرر الأدبي ينقضى اذا توفى المضرور قبل أن يطالب به ، وحينئذ تعتبر عدم مطالبة المضرور بهذا الحق قبل وفاته قرينة على نزوله منه ، وبالتالي لا يجوز لورثته أن يطالبوا به ، ذلك أمر غير مسلم به ، لأنه لا يمكن افتراض النزول عن الحق من مجرد عدم رفع الدعوى به قبل الوفاة ، فقد تحدث الوفاة فور الإصابة فلا يجد المضرور الوقت الكافي لرفعها ، ان النزول عن الحق في التعويض لا يفترض ، وانما لا بد أن يصدر من المضرور ما يدل عليه يقينا (٤) ، وتلك القرينة غير مسلم بها لا من الفقه ولا من القضاء ، ولا أساس لها من الصحة (٥) ،

-
- (١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ٩٩ .
(٢) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٩٦٣ - فقرة ٦٣٩ .
(٣) د . أحمد شرف الدين - المرجع والمكان السابقان .
(٤) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٢٤٤ .
(٥) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١٠١ .

وإذا كان سقوط الحق بناءً على هذا الافتراض المرفوض غير متحقق (١) ، فإن للورثة أن يمارسوا الدعوى بالحق في التعويض باسم مورثهم المضرور ما دام أن هذا الحق لم يسقط بالتقادم .

٥١١ — وما يقال من أن الحق في التعويض من الضرر الأدبي ، حق متصل متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره منه ، لا يسرى على الورثة في رأى بعض الفقهاء ، لأنهم ليسوا من الغير ، بل يخلفون المورث في حدود تركته ويقومون مقامه في جميع حقوقه فيبقى شخص مورثهم مستمرا فيهم ، كما أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية ، وأنه يتخلف عنه بعد وفاته فينتقل إلى ورثته في ضمن محتويات تركته ، والورثة يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه ، خلافا للدائنين حال حياته (٢) .

٥١٢ — وما يقال من أن الهدف من التعويض عن الضرر الأدبي ، يأبى أن يطالب الورثة به ، نقول أنه يتعين التفرقة بين الحق في التعويض باعتباره وسيلة ، وبين الترضية المعنوية باعتبارها أثرا لهذا الحق ، ومقصود التعويض ليس هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار ، وإلا فإنه لا يمكن إعادة المتوفى إلى قيد الحياة ، ولكن المقصود به توفير بعض المزايا وشيئا من الترضية التي تزداد بقدرها محتويات الذمة الأدبية للمضرور ، فالأثر النهائي لدفع مبلغ التعويض هو إعادة الميزان الحسابي للذمة الأدبية للمضرور ، وإذا كان الترضية قيمة معنوية ، إلا أنها تعتبر من ناحية التعويض عنها حقا ماليا ينتقل بوفاة المضرور إلى الورثة (٣) ، وليس معنى ذلك أن الورثة يستفيدون ماليا من آلام المضرور وهذا غير مقبول ، لأن الحق

(١) مارتى وريينو - السابق - ج ٢ - ص ٦٨ ، د . جمال الدين

محمد زكى - السابق - ص ٤٩٥ - فقرة ٢٧٦ .

(٢) د . سليمان مرقس - السابق - ص ٢٤٤ وما بعدها .

(٣) الوسيط للسنة هـ - ص ٩٨٤ - فقرة ٥٧٨ ، د . أحمد

شرف الدين - السابق - ص ١٠٣ .

قد نشأ قبل موت المضرور ، ودخل في ذمته المالية . ولا يعقل أن يخرج منها لمجرد وفاة المضرور قبل اقامة الدعوى به ، والا كان من مصلحة المسئول أن يجهز على شخصيته في الحال ليتقن تعويض الضرر ، ان معنى اشتراط اقامة الدعوى قبل وفاة المضرور أن يضيع الحق في تعويض الضرر الأدبي الذي ينجم عن الوفاة الفورية رغم بشاعة الجرم في حالة العمد وجسامته في حالة الخطأ ، وعند المفاضلة بين حصول الورثة على مقابل نقدي لآلام مورثهم المضرور ، وبين استفادة المسئول عن موت المضرور الذي لم يرفع الدعوى يتعين اختيار الأمر الأول (١) .

وهكذا تتساقط حجج الاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة ، حيث اعتبرنا هؤلاء جميعاً امتداداً لشخص المضرور ، أما إذا اعتبرنا الورثة من الغير فإن الأمر سيكون على خلاف ذلك ، ومن ثم يجب علينا أن نعنى بهيئة الورثة ، وهل هم من الغير ، أم يعتبرون النواب الطبيعيين لمورثهم المضرور ؟ ، ذلك ما سنبينه ونجيب عليه من خلال بيان موقف القانون المدني المصري من تلك الاتجاهات .

١٣٥ - ٢ - موقف القانون المدني المصري من تلك الاتجاهات:

يبدو أن القانون المدني المصري قد تأثر بالاتجاه المقيد لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، لكنه لم يصل في حد هذا التأثير إلى درجة اشتراط تقرير التعويض بحكم نهائي حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، على نحو ما كانت تقضى به المادة (٢٣٨) من التقنين المدني المصري ، ومذكرة المشروع التمهيدي لتلك المادة ، وهي تقابل المادة (٢٢٢) مدني ، والتي أبرزت القيود التي ترد على انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة بقولها : " ان هذا التعويض يصطبغ بصبغة أدبية تجعله شخصياً من وجبه

(١) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١٠٤ ، والمراجع المشار إليها فيه .

فلا ينتقل بطريق الميراث بأي حال من الأحوال الا اذا تأكدت صبغته المالية بعد تقديره نهائيا بالتراضي أو بحكم القاضي (١) . ولم يتأثر كذلك ببعض الأحكام القضائية التي صدرت فسي إطار هذا الاتجاه المبالغ في التقييد الى حد اشتراط أن تكون مالية الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قد حددت بمقتضى اتفاساق أو قسم نهائي (٢) ، وقد أفصح التقنين المدني المصري من منحا في الشأثر بالاتجااء المقيد من خلال ما ذكرته الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مدنى من أنه يشترط لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير توافر أحد أمرين : اما أن يكون مبلغ التعويض قد حدد باتفاق بين المضرور والمستول ، واما أن يكون المضرور قد طالب به أمام القضاء . وكما يبدو من نص المادة (١/٢٢٢) مدنى ، انها لا تمنع من نشوء الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، بل انها لتقضى به أيا كان مصدره ، ان نص المادة المشار اليها لا يعالج الا مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بعد نشوئه في ذمة المضرور ، ولعل المشرع حين اشترط أن يكون مقدار التعويض قد حدد بمقتضى الاتفاق ، انما كان يقصد تأكيد صبغته المالية ، كما أنه قصد من المطالبة القضائية اظهار ارادة المضرور قاطعة في المطالبة بهذا الحق الذى يتصل بشخصه ، ومن ثم كانت غاية كل قيد تختلف عن غاية القيد الآخر ، وهذا الاختلاف يثير تساؤلا حول مقصد المشرع من فرض تلك القيود وما اذا كان يعتبر هذا الحق غير مالى قبل تحقق أحد الأمرين اللذين أشارت اليهما المادة المذكورة ؟ أم ان المشرع يعتبر هذا الحق ماليا ، ولكن طابعه الشخصى قصد استوقفه فمنع انتقاله الى الغير حتى يظهر المضرور ارادته فسي المطالبة به ؟ ، واذا كان النص يعالج مسألة انتقال الحق فسي التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير ، فهل هذا الوصف (وصف الغيرية) يسرى على الورثة ؟ ، ذلك ما ينبغي دراسته في هذا المقام .

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩٢ - في الهامش ، ومن المعروف ان التقنين المدني قد اكتفى بمجرد رفع الدعوى .
- (٢) مثل ما صدر من محكمة الاستئناف المختلط في ١٢ / ١١ / ١٩٤٠ ، ١٥ / ٦ / ١٩٤٨ وقد سبقت الاشارة اليهما .

٥١٤ - أولا : الطابع المالى للحق في التعويض عـــــــن

الضرر الأدهسى :

ذهب جانب من الفقه الى أن المادة (١/٢٢٢) مدنى ،
بما وضعت من قيود على انتقال حق التعويض الى الغير ، تعبد
دليلا على أن المشرع اعتبر هذا الحق من نوع خاص ولا يصبح حقا
ماليا الا بعد الاتفاق على مقداره أو المطالبة به أمام القضاء (١) ،
بينما ذهب رأى آخر نرجحه الى أن هذا ليس قصد المشرع ، بل
لا يجوز أن يكون هذا هو قصده ، لأن طبيعة الحق من حيث كونه
ماليا أو غير مالى تتحدد بالنظر الى محله من حيث امكان تقديره
بالنقود من عدمه وقت نشوئه (٢) ولا يؤثر ذلك النظر في مدى امكان
انتقاله ، لأن الانتقال أمر بعدى لا يعرض الا بعد نشوء الحق ،

(١) د . أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب

الأول - مصادر الالتزام - ص ٢٨٦ ، طبعة ١٩٧٥ م ،

د . سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ١٦٨ وما بعدها ،

السنهورى - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٧٩ ، د . أحمد حشمت

أبوستيت - السابق - فقرة ٤٦٨ ، وراجع في هذا المعنى :

حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٥٧/٥/٣١ ، المنشور

في مجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة الأولى - العدد

الرابع - ص ١٩٦ .

(٢) في هذا المعنى : د . محمد شكرى سرور - النظرية العامة

للحق - ص ٢١١ - طبعة ١٩٧٩ ، د . عبد الحسى

حجازى - نظرية الحق في القانون المدنى - ص ٥٠ - مكتبة

سيد عبدالله وهبه ، د . حمدي عبدالرحمن - فكرة الحق -

ص ٧٦ وما بعدها ، وماوتى ورينو - القانون المدنى -

ج ١ - فقرة ١٤٤ ، ومازو وجوجلار ، دروس في القانون

المدنى - ج ١ - المجلد الأول - ص ١٩٦ - طبعة ١٩٧٢ ،

د . حسن كيره - أصول القانون - فقرة ٢٤٠ - ص ٥٧٦ -

الطبعة الثانية ١٩٦٠ ، د . احمد شرف الدين - السابق ص ١٠٧ .

وبعد أن تكون طبيعته قد تحددت ، والمادة المشار إليها لا تعالج إلا أمر انتقال هذا الحق بعد أن نشأ ، كما أن الاستناد فسي تحديد طبيعة هذا الحق إلى أمر انتقاله يؤدي إلى الدور فسي حلقة مفرقة ، فالحق لا ينتقل إلا إذا كان ماليا ، وهو لا يكون ماليا إلا إذا أمكن انتقاله ، أي أن هذا دور وتسلسل وهو باطل .

ان المشرع لم يفرق بين الضرر المادي والأدبي إلا فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عنهما ، ولا يجوز أن يستنتج من هذا أن الحق في تعويض الضرر الأدبي هو حق فيرمالي ، فهذا الحق يعتبر حقا ماليا وفقا لما تقتضيه القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، وقواعد المنطق (١) .

وعلى فرض أن نص المادة ١/٢٢٢ مدني ينطبق على انتقال الحق بالميراث فإن هذا لا يمنع من اعتباره حقا ماليا ، وإن القيد يرد على انتقاله فقط ، إذ ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يقرر عدم انتقال حق مالي معين يوجد في ذمة الشخص إلى ورثته إلا بعد توافر شرط معين أو عدة شروط (٢) ، كما أن ما رجحته مذكورة المشروع التمهيدى للمادة (٢٣٨) من اعتبار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي حقا شخصيا ، لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تأكدت صبغته المالية بالتراضي أو بحكم القاضي ، محل نظر ، لأن الحق يمكن أن يكون ماليا قبل أن يتم تقدير محله ، متى كان في الامكان تقديرها ، ولعل فيما أورده المشرع في المادة (١/٢٢٢) مدني ، ما يكشف عن أنه قد لاحظ في حق التعويض عن الضرر الأدبي جانباً يميزه عن غيره من الحقوق المالية ، وهذا ما ينبغي إبرازه .

٥١٥ - ثانياً : الطابع الشخصي للحق في التعويض عن الضرر الأدبي :

وقد يقال من خلال تفسير المادة (١/٢٢٢) مدني : أن حق

- (١) حكم محكمة جنايات الزقازيق الذي لم تعترض عليه محكمة النقض الجنائي في ١٤ مارس سنة ١٩٦٧ ، المجموعة س ١٨ - ص ٤١٥ .
- (٢) د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ١٠٨ .

التعويض عن الضرر الأدبي يتصل اتصالا وثيقا بشخص المضرور ، بحيث لا ينتقل الى غيره الا اذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة ، وان المادة المشار اليها ، انما تحدد الحالتين اللتين تظهر فيهما ارادة المضرور قاطعة في المطالبة ، وهما حالة الاتفاق مع المسئول ، وحالة المطالبة القضائية (١) .

ومثل هذا القول لا يستقيم مع كافة القواعد التي تضمنتها المادة المشار اليها فلو كان الأساس في قابلية الحق في التعويض للانتقال الى الغير هو مجرد ظهور ارادة المضرور قاطعة في المطالبة بالتعويض ، لكان يكفي أن يكون المورث قد اتفق على مبدأ التعويض مع المسئول ، ولو لم يكن قد تم الاتفاق على تحديد مقداره (٢) ، أو أن يتخذ أي مظهر يدل بذاته على انصراف ارادته الى المطالبة بهذا الحق ، كادلاء المجنى عليه بأقواله أمام المحقق (٣) ، أو تقدمه بطلب للجنة المعافاة المختصة لاعفائه من الرسوم وندب محامى لرفع الدعوى (٤) ، أو أن ينصرف في حقه بالعقولة حتى ولو ثبت بعد ذلك بطلانها ويتمين في هذه الحالة وأمثالها انتقاله الى ورثته (٥) .

ولا يجوز أن يقال أن المشرع قد أقام قرينة قانونية على تنازل المضرور عن حقه في التعويض اذا توفى قبل أن يتفق مع المسئول على مقداره ، أو قبل أن يطالب به قضا ، فالتنازل عن هذا الحق لا يفترض ، وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم سبق : أنه لا يجوز استخلاص التنازل عن هذا الحق من مجرد وفاة المضرور قبل المطالبة به ،

-
- (١) د . اسماعيل غانم - أحكام الالتزام والاثبات - ص ٦٥ ، والسنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٩١٩ - هامش (٢) .
 - (٢) د . اسماعيل غانم - المرجع والمكان السابقان .
 - (٣) حكم محكمة بنى سويف (جنح ستأنفة) بتاريخ ١٩٢٢/٣/٢ ، الصحاح ١٢ - ١١٥ - ٣٦٢ .
 - (٤) نقض جناثى مصرى في ١٩٥٠/١٠/٣٠ ، مجلة التشريع والقضاء ٤ - رقم ٤٤ - ص ٥٥ .
 - (٥) د . اسماعيل غانم - المرجع نفسه - ص ٦٥ وما بعد ها .

ومن ثم لم يبق الا القول بأن المشرع قد رأى أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يتصل بشخص المضرور ، وأن الصفة الشخصية تغلب فيه على الصفة المالية ، ومن ثم يستتبع انتقاله الى الغير الا اذا أفصح المضرور عن ارادته في المطالبة به ، وهذا التفسير لن يتفق مع مركز الورثة اذا اعتبرنا أنهم امتداد لشخص المضرور ، والمطالبة الصادرة منهم بالحق تعد تفسيراً لما كان مورثهم سيفعله حال حياته ، فهل رفض المشرع ذلك واعتبرهم من الغير ؟ ، ذلك ما نود لـه بياناً .

٥١٦ - ثالثاً : مدى اعتبار الورثة من الغير :

يسود اتجاه غالب في فقه القانون ، حول اعتبار الورثة من الغير فيما يتعلق بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، ومن ثم يجب أن يخضع هذا الانتقال للقيد الذي وضعته المادة (٢٢٢/١) مدنى مصرى (١) ، ذلك ان المراد بالغير وفقاً لتلك المادة هو كل شخص غير المضرور ، فيشمل ذلك الخلف العام (الورثة) أو أى شخص آخر ينتقل اليه الحق في التعويض ، وهذا ما أخذت به مذكرة المشروع التمهيدى للمادة (٢٣٨) التي تقابل المادة (٢٢٢) مدنى (٢) ،

(١) السنيهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٩٨٨ وما بعدها ، ومصادر الحق في الفقه الاسلامى - ج ٦ - ص ١٢٣ ، د . عبد الحسى حجازى - السابق - ص ٤٧٥ ، د . جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - فقرة ٩٥ - طبعة ١٩٧٥ ، د . أحمد حشمت أبوستيت - السابق - ص ٤٤١ ، د . اسماعيل فاتم - السابق - ص ٦٤ ، ج ١ - ص ٢٢٤ ، ص ٤١٨ ، حيث يقرر : ان القيد الذى نصت عليه المادة (٢٢٢/١) والخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ينطبق على كل صور الضرر الأدبي ، د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ١١١ ، د . سعيد عبدالسلام - السابق - ص ٢٥٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٣٩٠ وما بعدها .

وبلاحظ أن المادة (٢٣٨) من المشروع ومذكرتها التفسيرية كان وضعهما في الفصل المخصص للفعل غير المشروع ، وذلك قد يرجح اعتبار الورثة من الغير لعدم وجود عقد بين مورثهم المضرور ، والمسئول حتى يترتب عن الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه اصابة المضرور بالضرر ، لكن هذا الوضع قد تغير بنقل حكم تلك المادة ، السيسى المادة (٣٠٠) مدنى ، والتي وردت ضمن الأحكام المبينة لتنظيم آثار الالتزام مطلقا سواء كان مصدره تعاقديا أم فعلا غير مشروع لذلك ، وبعد هذا النقل لم يعد ما تقرره المادة (٢٣٨) ومذكرتها من اعتبار الورثة من الغير متوائما مع ما هو مقرر من اعتبار الورثة خلفا عاما فسي المسائل العقدية ، وعلى الأخص المضرور من الاخلال بالالتزام تعاقدى ورغم عدم الموائمة ، فان اتجاه الفقه يرى ان القيود الواردة في المادة (١/٢٢٢) مدنى تشمل التعويض عن الضرر الأدبى سواء فسي المسؤولية العقدية ، أو في المسؤولية التقصيرية ، لأنها قد وردت في الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، وأحكام هذا الفصل تعالج آثار الالتزام أيما كان مصدره ، ومنه الالتزام بالتعويض (١) ، وهذا أمر لا يمكن التسليم به ، لأن الخلف سواء كان عاما أم خاصا ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فتسرى عليه آثار العقد ، وخاصة المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات المتولدة عنه (٢) ، كما أن الورثة لا يعتبرون من الغير ، حين يباشرون الدوى الوراثية المستندة الى المسؤولية التعاقدية ، ولئن كان موضع المادة (١/٢٢٢) مدنى ، من التقنين قد جعلها تسرى على المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية ، فان أصله وهو المادة (٢٣٨) من المشروع التمهيدى ، كانت فسي الموضع المخصص للمسؤولية التقصيرية وكان ذلك هو السبب في اعتبار الورثة من الغير حيث لا يتصور وجود عقد بين مورثهم والمسئول هالتشد ، أما وقد تقرر نقل هذا النص الى موضعه في التقنين بمسا لا ينطبق على نوع المسؤولية ، فكان من المفروض على المشرع أن يعدل هذا النص بما يجعله متوائما مع المبادئ العامة للعقد والتي تقضى باعتبار الورثة خلفا عاما ، وليس من الغير ، لكن فيما يبدو أن المشرع

- (١) السنيهورى - الوسيط - ج ١ - ص ٧٦٧ وما بعد هـ - د . أحمد سلامة - السابق - ص ٢٨٣ ، د . اسماعيل غانم - السابق - ج ٢ - ص ٣٧ هامش (٢٠١) .
(٢) السنيهورى - السابق - ص ٥٩٦ ، د . عبد المنعم فراج الصده - السابق - ص ٢٧٨ .

قد فاتته ذلك (١) .

٥١٧ - ولعل ما يؤيد ذلك : ان المادة ١٧٠ مدني ، والتي وردت في الفصل المخصص للعمل غير المشروع قد أحالت على المادتين : (٢٢١ ، ٢٢٢) مدني ، فيما يتعلق بمدى التعويض عن الضرر ، وقد كانت تلك الاحالة سببا لاعتراض أحد أعضاء مجلس الشيوخ ، لأنها تحيل الى المادة الخاصة بالمسئولية التعاقدية مع أن النص غامض ، وقد رد الدكتور السنهوري على ذلك بقوله : ان الاحالة في هذه الحالة لا يقصد بها الا أن تكون في خصائص النص المحال اليه ، فهذه الحالة مصدرها العقد ، أما فيما عدا العقد فانها لا تنطبق ، وهذا القول يفيد أن المشرع اضطر الى النص صراحة على هذه الاحالة ، حتى ينطبق على المسئولية التقصيرية مما ينطبق على المسئولية التعاقدية من أحكام ، وإذا كان الورشنة لا يعتبر من الغير ، بالنسبة للمسئولية التعاقدية ، فليس هذا الحكم على المسئولية التقصيرية فلا يعتبر بالنسبة لانتقال آثارها من الغير أيضا (٢) ، والأقرب الى الصحة أن يقال : ان المشرع انما أراد بتلك الاحالة حكما واحدا من الحكمين اللذين قررتهم الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) مدني ، وهو الحكم الذي يقرر أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضا ومن ثم يترجح بأن الاحالة لم تكن بسبب مسألة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، وانما كانت بشأن تقدير التعويض من الضرر ، وهذا ما يفهم من المذكرة الايضاحية للفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، حيث تقول : " فيما يتعلق بالتقدير القضائي للتعويض ، فان المسئولية التعاقدية ، والمسئولية التقصيرية تخضعان لقواعد واحدة في كليهما هي : ما يلحق الدائن من خسارة وما يفوته من كسب من ناحية ، والضرر المادي والضرر الأدبي من ناحية أخرى ، ثم أشارت الى نص المادتين (٢٢١ / ١ ، ٢٢٢) مدني (٢) ، فاذا كانت تلك الاحالة مغياة بادخال الضرر

(١) في هذا المعنى : د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١١٢

(٢) في هذا المعنى : المرجع السابق - ص ١١٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ - ص ٥٣٣ ، ص ٥٦٤ .

الأدبي فقط ، في الاعتبار عند تقدير التعويض ، وان الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للمسائل العقدية ، فيجب وفقا لهذا النص ان يعتبروا كذلك في المسئولية التقصيرية ، فلا يعتبرون مسنن الغير فيها (١) .

٥١٨ - لفظ الغير لا يسرى على الورثة :

واذا كان لفظ الغير لا ينطبق على الورثة اذا كان أساسا الحق في التعويض من الضرر الأدبي هو المسئولية العقدية ، فانهم كذلك لا يعتبرون من الغير في حالة المسئولية التقصيرية ، ذلك ان لفظ الغير ، اما أن يراد به : كل شخص آخر غير المضرور ، واما ان يقصد به معناه الوارد في المسائل العقدية الذي لا يشمل ورثة المتعاقد باعتبارهم خلفاء عاما له (٢) ، واذا افترضنا ان المشرع كان يعنى ما يفعله عندما نقل الحكم الخاص بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير من الفصل الخاص بالعمل في المشرع الى الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض ، وافترضنا ان هذا الحكم يسرى على المسائل العقدية كما يسرى على المسائل التقصيرية تعين القول : ان الورثة لا يكونون من ضمن ما يشملهم لفظ الغير الوارد في المادة (٢٢٢/١) مدنى ، لان الحكم الوارد فيها حكم عام يشمل نوعى المسئولية بشرط ألا ينطبق هذا الحكم على ورثة المضرور في المسئولية العقدية ، حيث انه من المسلم به أنهم ليسوا من الغير فيها ، ولما كان النص لم يفرق بين نوعى المسئولية العقدية والتقصيرية في هذا المجال ، فانهم لا يعتبرون كذلك من الغير بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، ويكون المراد بالغير في النص : هو كل شخص آخر غير المضرور وخلفه العام ، فيشمل المحال له بالحق ودائى المضرور (٣) .

(١) د . أحمد شرف الدين - المرجع نفسه - ص ١١٤ .

(٢) د . أنور سلطان - السابق - ص ٢٠٠ وما بعد هذا ،

د . عبد المنعم فرج الصدة - السابق - ص ٣٧٤ ، وما بعدها ،

د . عبد الحى حجازى - السابق - ص ٢٥٠ ، د . محمد لبيب

شنب - دروس في نظرية الالتزام - ص ٢٦٨ ، والسنبورى -

الوسيط - ج ١ - ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٣) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١١٥ .

٥١٩ - وما يدل على ذلك ان المشرع في المادة (١٩) من قانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٦٨ ، قد قرر انتقال الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه الى الورثة بعد وفاته ، وبالتالي انتقال الحق في التعويض عنه ، دون أن يقيد انتقال هذا الحق في التعويض بتوافر واحد من القيود التي نصت عليها المادة (٢٢٢) مدنى (١) ، رغم ان الحق الأدبي للمؤلف يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وهذا يدل على منحي المشرع الثابت في عدم اعتبار الورثة من الغير ، ولئن قيل ان نص المادة (١٩) من قانون حماية المؤلف يعتبر استثناء من القاعدة التي تقيد نقل الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، فإن هذا القول سيكون مردودا بأنه ليس في طبيعة الضرر الأدبي الذي يصيب المؤلف ما يميزه عن غيره من صور الضرر الأدبي الأخرى (٢) .

٥٢٠ - واذا كان الخلف العام للمضروب ليس من الغير لأنهم يتلقون الحق في التعويض عن مورثهم ، فقد يعترض على ذلك بأن هناك أحوالا يعتبر الورثة فيها من الغير ، كما توجد حالات لا ينصرف فيها أثر العقد الى الورثة مع بقائهم خلفا ، ومثل هذا الاستراض اذا صح سيكون من السهل رده بأن الورثة لا يكونون من الغير الا في حالات محددة ليس من ضمنها حالة انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، وحالات عدم انصراف أثر العقد الى الورثة مع

(١) د . اسماعيل غانم - السابق - ص ٦٦ وما بعدها ، واتجاه محكمة النقض يسير في نفس هذا الاتجاه ، راجع حكم ٣٠ / ١٠ / ١٩٥٠ ، المحاماه ٣٢ - ١٢٨٦ - ٣٥٤ ، وحكم ٢٨ / ١١ / ١٩٥٠ ، المحاماه ٣٢ - ١٣٥٤ - ٤٣٤ . وقد سبقت الاشارة اليهما . راجع : فقرة ١١٢ وما بعدها من هذا البحث .

(٢) د . أحمد شرف الدين - المرجع والمكان السابقان .

بقائهم خلفا لا ترد الا بالنسبة للمسئولية التعاقدية (١) ، من ذلك ما نصت عليه المادة (١٤٥) مدنى : من تنازل المضرور في العقد المبرم بينه وبين المسئول عن الحق في تعويض الضرر الأدهى المترتب على الاخلال بالتزامات هذا العقد ، وذلك في الأحوال التى يجسوز فيها هذا التنازل ، ولا جدال في انه ليس للورثة في تلك الحالة المطالبة بهذا الحق (٢) .

أما الحالتان الثانية والثالثة ، والتي لا يتصور انتقال الحق فيهما الى الورثة ، فهما حالة ما اذا كانت طبيعة هذا الحق تمنع من انتقاله الى ورثة المضرور ، وحالة ما اذا كان هناك نص في القانون يقضى بألا ينتقل هذا الحق الى الورثة (٣) ، والحالة الثالثة يمكن أن تلحق بالحالة الثانية بحيث يكون الأساس الحقيقى لعدم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدهى الى الورثة هو اتصاله بشخص المضرور ، وهو مضمون القيد الوارد في المادة (١ / ٢٢٢) مدنى .

واذا كان هذا الحق شخصا فهل مطالبة الورثة به تفقده طابع الشخصية ، أم ان مطالبة الورثة لا تفقده هذا الطابع طالما اعتبرناهم امتدادا لشخصه ؟ أخذ المشرع الفرنسى بالاتجاه الأخير ، والذي يقضى بأن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث ، بحيث يحل الأول محل الثاني في ذمته المالية ، فيتحمل بالتزاماته ويملك حقوقه ، ويستطيع لذلك ان يطالب بها حتى ما كان منها متصلا

(١) د . أحمد سلامة - السابق - ص ٢٨٦ ، وقارن : د . السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ٥ - ص ١٣ ، حيث ذكر المادة ١ / ٢٢٢ مدنى كمثال على عدم انصراف أثر العقد الى الخلف العام .

(٢) د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١١٦ .

(٣) د . السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج ٥ - ص ١٢ وما بعدها .

بشخص المورث ما دام القانون لا يمنع من ذلك ، وهذا ما كان معمولاً به في القانون الروماني (١) .

٥٢١ - موقف القانون المدني المصري منتقد :

وقد انتقد موقف القانون المدني المصري في تقريره انتقاسال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بأنه قد جانبه الصواب فيمما يتعلق بصياغة القيود التي ترد على انتقال هذا الحق الى الورثة ، حيث ادخل من غير قصد الورثة في مدلول الغير ، كما انه لم يحقق التناسق بين وجهتي القيد الذي استلزمه والذي يهدف به الى التأكيد من عدم اتصال هذا الحق بشخص المضرور ، كما ان تحديده للمعيارين اللذين ينتفي بهما اتصال هذا الحق بشخص المضرور ، هو تحديد تحكمي ، حيث يمكن التوصل الى ذلك بوسائل شتى ، ولقد كان من الأوفق بالنسبة للمشرع أن يضع مبدأ عاماً بمقتضاه يتفصل هذا الحق من شخص المضرور بمجرد اتخاذ اجراء لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على نيته في المطالبة بهذا الحق ، كما أن المادة (١/٢٢٢) مدني ، قد قلبت الجانب الشخصي لهذا الحق على الجانب المالي ، ولئن كان ذلك مقبولا في حياة المضرور ، فان هذا التعليق غير مقبول بعد وفاته اذا ما تقرر ان وفاته قبل اظهار ارادته في هذا الشأن لا تسدل على تنازله عن هذا الحق ، واذا ما أردنا في نفس الوقت ألا يفلت المسئول من الجزاء لمجرد وفاة المضرور قبل المطالبة بحقه نسي التعويض (٢) .

(١) د . عاطف فخري - الغير في القانون المدني المصري -

رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٢٦ - ص ١٩٨ وما بعدها . وراجع : د . أحمد شرف الدين - السابق - ص ١١٧ .

(٢) راجع في تنفيذ تلك الانتقادات : د . أحمد شرف الدين -

المرجع نفسه - ص ١١٩ وما بعدها ، د . سعيد عبدالسلام -

المرجع نفسه - ص ٢٦٥ وما بعدها .

(المطلب الثاني)

انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي
الى الورثة في الفقه الاسلامي

ومنهج الفقه الاسلامي في انتقال الحق في التعويض عن
الضرر الأدبي يتلاني ذلك الخلط الذي شاب سلك القانسون
الوضعي ، وقد رأينا ان انتقال الحق في الفقه الاسلامي يقوم على
ركيزتين أساسيتين :

٥٢٢ - الركيزة الأولى : هي طبيعة الحق المنتقل الى الورثة :

ومن المعروف ان الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قد
يكون سببه التعدي على حق الانسان في سلامة بدنه ، أو حياته ،
أو التعدي على شرفه ومرضه واعتباره .

وهذه الأضرار ينتقل حق التعويض فيها الى الورثة بمجرد
وفاة المضرور سواء طالب بها أم لم يطالب على الرأي الراجح في
الفقه (١) ، والفقهاء وان كانوا قد اختلفوا في طبيعة تلقى الوارث للحق
في التعويض عن الضرر الأدبي من مورثه ، وما اذا كان يثبت هذا
الحق للوارث ابتداء كما ذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء
المذهب الحنبلي (٢) ، أو يثبت للمقتول أصلاً ، ويقوم وارثه مقامه في
استيفائه في القصاص والدية (٣) ، فانهم متفقون على انتقال هذا
الحق من حيث المبدأ .

كما أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي
ينزل بالانسان حال حياته مثل التعدي على عواطفه أو على حقيق

(١) راجع : الفقرات - ١٧٤ وما بعدها من البحث .

(٢) راجع : فقره - ١١٧ من البحث .

(٣) راجع : فقره - ١١٨ من البحث .

ثابت له لا يشير صعوبة ، لأنه يثبت للمورث حال حياته وينتقل السى ورثته كمال استقرار في ذمته قبل موته .

وطبيعة هذا الحق كما ذكر الفقهاء تحبذ انتقاله لأمرين :

٥٢٣ - أولهما : ان ورثة المضرور لا يمكن أن يكونوا بمنأى عن وصول هذا الضرر اليهم ، فالضرر الذى أصاب مورثهم يؤثر فيهم الى درجة قد تسببت في قلوبهم دوافع الانتقام ما لم تعالج آثار هذا التعدى ، فنطاق الألم في الضرر الواقع على نفس مورثهم لا يقف عند حدود شخصه ، ولكنه يتعداه الى أقاربه الذين تربطهم به صلة القربى والدم ، تلك الصلة التى تفرض المشاركة في السراء والمشاطرة في الضراء ، وقد عبر القرافي عن ذلك : بأن تعويض الضرر في تلك الحالة يدفع عن الوارث في نفسه بتخفيف ألمه ، وانتزاع الغضب من نفسه (١) .

وقد يكون معنى الضرر الذى ينزل بالوارث من جراء التعدى على مورثه في ضرر أدبى أوضح في حالة التعدى على سمعة المورث وشرفه واعتباره ، ان معنى الشرف والاعتبار لا يقف عند حدود المعتدى عليه ، ولكنه يمس أقاربه مسا مباشرا في شرفهم واعتبارهم بحكم الصلة التى تربطهم بمورثهم ، وكان انتقال الحق في التعويض اليهم مما يتعلق بهم مباشرة ، حيث يدفع عنهم ضررا في عرضهم ويخفف آلامهم (٢) .

٥٢٤ - ثانيهما : ان التعويض عن الضرر الأدبى لا يخلو من معنى التمول الذى يجعله حريا بالانتقال الى الورثة كحق مالى ، وذلك واضح في حال الاضرار الادبية التى يستقر ثبوتها في ذمة

(١) الفروق للقرافى - ج ٣ - ص ٢٨٦ ، وفي نفس المعنى : القواعد لابن رجب - ص ٣٤١ وما بعدها .

(٢) المرجعان السابقان - نفس المكان .

المضروب قبل وفاته ، أو تلك التي تثبت حال وفاته ولا يقدر معها المطالبة بحقه ، ومنهج الفقه الاسلامي واضح في تلك الحالة وضوحا يتلافى ذلك الخلط الذي يلحسه من يتابع معالجة القانون المدني لهذا الانتقال ، حيث يمارس الوارث حقه نيابة عن مورثه كما قرر الفقهاء ذلك ، ولئن كان حق الوارث في المطالبة بالحد عن القذف الذي أصاب مورثه ، حقا غير مالي ، الا أنه لن يكون بمنأى عن التأثيرات المالية في ذمة الورثة ، والتي قد تحدث خلافا يستوجب رد اعتبارهم من خلال تلك المطالبة ، فالغالب أن يكون التعويض ذا طابع مالي يقبل الانتقال الى الورثة . وإذا كان الحق المالي في حالة التعويض ينتقل بمجرد الطلب أمام القضاء قبل تحديده ، فمن باب أولى أن ينتقل بعد التحديد باتفاق أو تحكيم ، ومن ثم يمكن القول ان هذا الحكم يتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) من التقنين المدني (١) ، مع ملاحظة أنه في حالة التعويض المقدّر بنص الشارع في حالة الدية والأرض لا تجوز الزيادة عليه في التقدير ، الا بالاتفاق أو بالصلح عليه (٢) ، على أنه إذا كان المقدار الزائد قد تقرر بحكم قضائي لظروف تستوجب الزيادة من خلال ما هو مقرر في قواعد التعزير فلا مانع أن تنتقل تلك الزيادة الى الورثة لأنها قد تقرر بحكم القضاء .

٥٢٥ - الركيزة الثانية : تحديد أصحاب الحق في التعويض :

والركيزة الثانية التي يقوم عليها انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي تتمثل في تحديد المستحقين لهذا الانتقال ، ونقاسا لمعيار منضبط ومشروع ، وهو الاستحقاق في إطار الورثة ، وتحديد

(١) د . فوزي فيض الله - المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - ص ١٤٥ .

(٢) راجع في هذا المعنى : حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ - ص ٥٢٣ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٢٤٠ ، والأحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٢٢ .

الاستحقاق بحدود الورثة المستحقين شرعا لا يتوارم مع ما تقضى به
الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدني من أنه : لا يجوز الحكم
بتعويض الا للازواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم
من جراء موت المصاب ، ذلك ان عقوبة القتل في التشريع الاسلامي
لا تخلوا من القود اذا كان القتل عمدا أو الدية في حالة القتل غير
العمد ، ففي حالة القتل العمد اذا طالب أولياء القتل بالقود ،
واقص من المقتول لا يكون هناك مجال لهم شرعا في طلب تعويض
زائد عن ذلك ، لأن حقهم منحصر في القود وقد استوفوه ، واذا صفوا
عن القاتل وطلبوا التعويض المالي وهو الدية ، كان لهم ذلك ،
والتعويض في تلك الحالة دية مقدرة في الشرع ولا تجوز الزيادة عليها
أبدا الا بالاتفاق أو الصلح أو حكم القضاء كما سبق (١) .

كما أن الدية تثبت لورثة الميت بحسب ارثهم (٢) ، ويتلقونها
من مورثهم بحسب الرأي الراجح في الفقه ، لأنها تعتبر من أموال
الميت المملوكة له وتكون صالحة لأن تسدد منها ديونه وتنفذ وصاياه
وتقضى كل حوائجه وما يحتاجه من تجهيز وكفن ، ثم ما يتبقى بعد
ذلك يبقى لورثته (٣) .

وقد نص الفقهاء على أن ولو الدم هو وارث المال ، ممن
ذكر وأنثى بفرص أو تعصيب ، ونصوا أيضا على أن القصاص والدية
تصير ميراثا لكل الورثة ، والأصل في ذلك ان القصاص يستحقه من
يستحق ماله على فرائض الله تعالى ، الذكر والأنثى في ذلك سواء
نص عليه الكرخي في مختصره ، وكذلك الدية مورثة بينهم ، والدليل

(١) في هذا المعنى : د . فوزي فيض الله - السابق - ص ١٤٦ .

(٢) راجع : فقرة - ١٣٤ من البحث .

(٣) راجع : فقرة - ١٣٨ من البحث . وحاشية الشرقاوي على

التحرير - ج ٢ - ص ٣٧٤ ، وحاشية ابن عابدين على الدر

المختار - ج ٦ - ص ٢٥٩ ، وشرح الخطيب - ج ٦ - ص ٢٥٥ ،

ونهاية المحتاج - وحاشية الشراطسي عليه - ج ٦ - ص ٣ .

على أن الدية موروثة للورثة ، أنها مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه كسائر أمواله (١) .

ومن ثم يبدو أن في التحديد الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) مدنى مخالفة لما تقضى به أحكام الشريعة .

٥٢٦ - وإذا كان هذا التحديد فيما يبدو مخالفا لأحكام الشريعة ، فإن ما يخاله في المخالفة ، ذلك الإطلاق الذي قضت به التقنينات : العراقية والأردنية واللبنانية ، حيث لم يقتصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي على الورثة ، وإنما يجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين عما يصيبهم من ضرر ، وكلمة الأقربين هذه مطلقة ، تشمل القرابة البعيدة ، والقرابة القريبة ، فجعل تقدير القرابة متروك للمحكمة تقدرها من واقع ظروف كل حالة (٢) ، ووقد جاء نص قانون الموجبات والعقود اللبناني واضحا في ذلك المعنى ، حين أجاز للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المجنة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القرى الشرعية أو صلة الرحم (المادة ١٣٤ / ٣) موجبات وعقود ، والنظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة من شأنه أن يجعل تقدير المستحقين غير منضبط لأنهم سيتفاوتون بتفاوت مقدار المحبة ، وأولى الأصح بتفاوت المظاهر التي سيبدى بها كل منهم من محبته ، لأن أمر المحبة لا يعلمه إلا الله تعالى ، لأنها من أعمال القلوب ، وهذا المعيار بالطبع قد يدخل من المحبين نفسي استحقاق التعويض من غير الورثة .

(١) حاشية الشليبي على تبين الحقائق للزبلي -

ج ٦ - ص ١١٤ .

(٢) د . عبد المجيد الحكيم - مصادر الالتزام - السابق - ص ٥٣٦ .

ان معيار الحب معيار غير منضبط ، والأكثر انضباطا
أن يناط بمعيار يمكن ضبط وجوده من خلاله ، ولا شك ان الورثة
يغلب فيهم حب مورثهم ، ذلك ما يغلب على الظن بشأنهم ،
وغلبة الظن تقوم مقام اليقين ، والمعيار الذي يشملهم واضح وسهل
التطبيق ، ومن ثم يبدو موقف التشريع الاسلامي الوسط بين
الافراط والتفريط ، فالحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
لولا ان هدانا الله ، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

د . محمد الله مبروك النجار

أهم مراجع الكتاب

القسم الأول : مراجع في الشريعة الإسلامية .

القسم الثاني : مراجع في فقه القانـون .

تنبيه : يقوم ترتيب المراجع في كل قسم على أساس لقب المؤلف أو ما اشتهر به بعد حذف الألف واللام أو الكنية ، ووضعه في مكانه حسب الترتيب الأبجدي للحرف الأول من اسمه كالتالي :
أبجد هوز حطى كلن سـعـف صقر شئت خذ ضـطـع .

القسم الأول : مراجع في الشريعة الإسلامية

أولا : القرآن الكريم .

ثانيا : مراجع في التفسير والحديث :

١ - الألبانى : محمد ناصر الدين - ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - اشرف محمد زهير الشاويش - المكتب الاسلامي ، الطبعة الأولى .

٢ - آبا دى : أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم - عون المعبود شرح سنن أبي داود - نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٣ - البخارى : أبو عبد الله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦ هـ - صحيح البخارى - المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٨٠ هـ .

٤ - البيهقي : الامام الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ - السنن الكبرى - طبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد سنة ١٣٥٢ هـ .

- ٥ - البغوي : ركن الدين أبو الحسين بن مسعود المعسروف
بابن الفراء المتوفى سنة ٥١٦ هـ - شرح السنة -
تحقيق الاستاذين السيد صقر - د . محمد الأحمدى
أبو النور - طبع لجنة احيا التراث الاسلامي
بمجمع البحوث الاسلامية - مطبعة دار الكتب سنة
١٩٧٦ م .
- ٦ - الدار قطنى : الحافظ علي بن عمر - سنن الدار قطنى - شركة
الطباعة المتحدة بالقاهرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ،
ودار المحاسن للطباعة .
- ٧ - أبو داود : الامام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث
السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ م - سنن أبي داود -
الطبعة الاولى سنة ١٢٧١ هـ - مصطفى البابي
الحلي .
- ٨ - الهيثمي : الامام الحافظ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن
محمد بن علي بن حجر المتوفى سنة ٩٧٣ هـ -
فتح المبين بشرح الاربعة - دار احيا الكتب
العربية ١٣٥٢ هـ .
- ٩ - الزيلعي : جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد
ابن أيوب بن موسى الحنفى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ -
نصب الراية لأحاديث الهداية - مطبعة دار
المأمون بشبرا سنة ١٣٥٧ هـ ، والمكتبة الاسلامية
ببيروت سنة ١٣٩٣ هـ .
- ١٠ - ابن حسام الدين : علاء الدين علي المتقى - كنز العمال في سنن
الأقوال والأفعال - مؤسسة الرسالة ببيروت -
الطبعة الخامسة - سنة ١٩٨٥ م .

- ١١ - ابن ماجه : الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٣ هـ - سنن ابن ماجه - مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٧٢ هـ .
- ١٢ - مسلم : الامام مسلم بن الحجاج بن القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ - صحيح مسلم - دار احياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٧٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية ومكتبتها .
- ١٣ - المناوي : محمد بن عبد الرؤوف المتوفى سنة ١٠٣٣ هـ - فيض القدير - شرح الجامع الصغير - الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت .
- ١٤ - السيوطي : الامام جلال الدين بن عبدالرحمن المتوفى سنة ٩١١ هـ - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مطبوع بهامش الموطأ - مطبعة الحلبي سنة ١٣٧٠ هـ .
- ١٥ - عبدالرزاق : أبو بكر عبدالرزاق بن الهمام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١ هـ - مصنف عبدالرزاق - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ م بيروت ، مطبوعات المجلس العلمي .
- ١٦ - العسقلاني : الامام أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - الطبعة الثانية - دار احياء التراث العربي بيروت سنة ١٤٠٢ هـ ، والمطبعة السلفية سنة ١٣٨٠ هـ .

١٧ - الصفدى : العلامة المحقق محمد بن يحيى بهران المتوفى سنة ٩٥٧ هـ - كتاب جواهر الأخبار - والأشعار المستخرجة من لجة البحر الزخار - طبعة مؤسسة الرسالة ببيروت سنة ١٩٧٥ م .

١٨ - الصنعانى : الامام محمد بن اسماعيل الكحلانى المعسروف باين الأمير المتوفى سنة ١١٨٢ هـ - سبيل السلام بشرح بلوغ المرام - مطبعة مصطفى البابى الحلبي ، ومطبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

١٩ - الفرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري المتوفى سنة ٦٧١ هـ - الجامع لأحكام القرآن - طبعة دار احيا التراث العربي ببيروت .

٢٠ - رضا : الشيخ رشيد - تفسير المنار - طبعة دار المعرنة ببيروت .

٢١ - الشوكاني : الامام المجتهد قاضى القضاة محمد بن علي المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار - الطبعة الأخيرة مصطفى البابى الحلبي ، وفتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ببيروت .

ثالثا : مراجع في أصول الفقه وقواعد الكلية :

٢٢ - ابن أميرالحاج : العلامة المحقق المتوفى سنة ٨٧٩ هـ - التقرير والتحبير - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣١٦ هـ .

- ٢٣ - البخارى : علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد - كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام - طبعة استانبول - شركة صحافة عثمانية ١٣٠٨ هـ .
- ٢٤ - الدهلوى : شاه ولى الدين أحمد بن عبدالرحيم - حجة الله البالغة - القاهرة - دار الجيل للطباعة .
- ٢٥ - الزركشى : بدر الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن بهادر المتوفى سنة ٧٩٤ هـ - القواعد فى الفروع - مخطوط بمكتبة الأزهر الشريف - مسلسل ٢٤٧ - رقم ١٩٥٣ مغاربة .
- ٢٦ - الحموى : السيد أحمد بن محمد الحنفى المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ - غز عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٢٧ - ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المتوفى سنة ٩٢٠ هـ - الأشباه والنظائر - الطبعة الأولى - دار الفكر بدمشق ١٩٨٣ م ، ومؤسسة الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٦٨ م ، تحقيق الاستاذ عبدالعزيز محمد الوكيل .
- ٢٨ - السيوطى : جلال الدين عبدالرحمن بن أبى بكر المتوفى سنة ٩١١ هـ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع نفسه الشافعي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ - ومطبعة دار احياء الكتب العربية .

٢٩ - ابن عبد السلام : الامام عز الدين أبو محمد بن عبد العزيز بن
عبد السلام السلمي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ - قواعد
الأحكام في مصالح الأنام - دار الجيل ببيروت
سنة ١٩٨٠ م .

٣٠ - الشاطبي : الامام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي
الغرناطي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ - المواقفات في
أصول الأحكام - تحقيق الشيخ عبد الله دراز ،
دار الفكر العربي .

٣١ - النفثازاني : سعد الدين سعود بن عمر الشافعي المتوفى
سنة ٧٩٢ هـ - التلويح على التوضيح لمستن
التنقيح - طبعة محمد علي صبيح وأولاده .

رابعاً : مراجع في الفقه الاسلامي :

أ - المذهب الحنفي :

٣٢ - الاستروشنى : الامام مجد الدين أبي الفتح الحنفى المتوفى
سنة ٦٣٢ هـ - الفصول الخمسة عشر فيما يوجب
التعزير وما لا يوجب - مخطوط رقم ٩٥٠
مجاميع - مكتبة بخيت بالأزهر - رقم ٦١٠٣

٣٣ - الباهرتى : الامام أكمل الدين محمد بن محمود المتوفى
سنة ٧٨٦ هـ - شرح العناية بها مشفتح القدير
للكمال بن الهمام - المكتبة التجارية .

٣٤ - البغدادى : العلامة محمد بن غانم بن محمد المتوفى سنة ١٠٣٠ هـ - مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان - الطبعة الاولى - المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

٣٥ - داماد أندى : عبدالرحمن بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - مطبعة دار الطباعة العامة سنة ١٣٢٨ هـ .

٣٦ - الدمشقي : الشيخ محمود حمزه الحسيني الحنفي المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ - الفرائد البهية في القواعد الفقهية - مطبعة حبيب أندى خالد - دمشق ١٢٩٨ هـ .

٣٧ - ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـ - شرح فتوح القدير - على الهداية - طبعتي الحلبي وبلاق .

٣٨ - الزيلعي : فخر الدين عثمان بن علي المتوفى سنة ٧٤٣ هـ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الأميرية ببلاق سنة ١٣١٤ هـ .

٣٩ - الطرابلسي : الامام علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل المتوفى سنة ٨٤٤ هـ - معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - الطبعة الثانية مصطفى الحلبي سنة ١٣٧٣ هـ .

٤٠ - أبو يوسف : الامام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب المتوفى سنة ١٨٢ هـ - الخراج - الطبعة الاولى .

- ٤١ - الكاساني : علاء الدين أبوبكر بن مسعود المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - بدائع الصنائع في ترتيب السب الشرائع - الطبعة الثانية - دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٩٨٢ م .
- ٤٢ - الميرغاني : شيخ الاسلام أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المتوفى سنة ٩٣ هـ - الهداية شرح بداية المبتدى - مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام - الطبعة المشار اليه فيه .
- ٤٣ - ملاحسرو : محمد بن فراموز بن علي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ - مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول - المطبعة العامة ببصر سنة ١٣٠٩ هـ .
- ٤٤ - ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت لبنان ، ومصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ومجموعة رسائل ابن نجيم ملحقه بحاشية الحموي على الأشباه .
- ٤٥ - السرخسي : شمس الأئمة أبوبكر محمد بن أحمد بن سهل - المبسوط - الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة سنة ١٣٢٤ هـ .
- ٤٦ - السندی : محمد بن عابد بن الأنصاري الخزرجي ثم اليماني المتوفى سنة ١٢٥٧ هـ - شرح على الدر المختار - مخطوط رقم ٩٨٧ - مكتبة الرافعي بالأزهر .
- ٤٧ - ابن عابد بن : محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ - رد المختار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - مطبعة دار سعادة سنة ١٣٢٤ هـ - ومصطفى البابي الحلبي .

٤٨ - ابن قاضي سماوة : الامام المحقق الشيخ محمود بن اسماعيل المتوفى سنة ٨٢٣ هـ - جامع الفصولين ، ومعه الحاشية المسماة باللالى ، الدرية في الفوائد الخيرية - الطبعة الأولى بالطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

٤٩ - الشلبي : الامام العلامة شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ١٠٠٠ هـ - الفوائد الرقائق في تبیین الحقائق حاشية على تبیین الحقائق للزيلعى ، ومطبوع معها - الطبعة المشار اليها .

ب - المذهب المالكي :

٥٠ - الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ابن وارث الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ - المنتقى شرح الموطأ - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣ هـ .

٥١ - ابن جزى : محمد بن أحمد بن محمد الفرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ - القوانين الفقهية - دار الفكر ببيروت .

٥٢ - الدسوقي : العلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ - مطبعة السعادة - ومطبعة دار احياء الكتب العربية - بدون تاريخ ، ومطبعة التقدم العلمية .

٥٣ - الدردير : أبو البركات سيدى أحمد المتونى سنة ١٢٠١ هـ -
الشرح الكبير على متن خليل - الطبعة الأولى
سنة ١٣٢٩ هـ .

والشرح الصغير ، مطبوع مع بلغة السالك
للصاوى - طبعة عيسى الحلبي بمصر .

٥٤ - الخطاب : أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المتونى
سنة ٩٥٤ هـ - مواهب الجليل لشرح مختصر
خليل - الطبعة الثانية - دار الفكر للطباعة
سنة ١٩٧٨ م ومطابع دار الكتاب اللبناني .
وتحرير الكلام في مسائل الالتزام مع فتح العلى
المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك للشيخ
عليش - طبعة الحلبي .

٥٥ - ابن فرحون : القاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن أبى
القاسم بن محمد المتونى سنة ٧٩٩ هـ - تبصرة
الحكام في أصول الأفضية والاحكام ، مطبوع
بها مش فتح العلى المالك للشيخ عليش - مطبعة
البابى الحلبي سنة ١٩٥٨ م .

٥٦ - الصاوى : أحمد بن محمد المالكى المتونى سنة ١٢٤١ هـ -
بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام
مالك - طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة .

٥٧ - القرافي : الامام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدریس
ابن عبدالرحمن الصنهاجى المتونى سنة ٦٨٤ هـ -
الفروق - مطبعة دار احياء الكتب العربية -
الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ .

٥٨ - ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، المتوفى سنة ٥٩٥ هـ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الكتب الحديثة ، ودار المعرفة ببيروت .

٥٩ - التسولي : أبو الحسن علي بن عبد السلام - البهجة شرح التحفة - طبعة ١٣٧١ هـ - المكتبة التجارية الكبرى والطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٦٠ - الخرشبي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله المتوفى سنة ١١٠١ هـ - شرح الخرشبي على مختصر خليل - المطبعة العامة بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

ج - المذهب الشافعي :

٦١ - الأنصاري : أبو يحيى زكريا بن محمد المتوفى سنة ٩٢٦ هـ - أسنى المطالب شرح روض الطالب - المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ .
وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه - المطبعة الأميرية ببولاق .

٦٢ - الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي المتوفى سنة ٥٤٠ هـ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ م .

٦٣ - النووي : الامام العلامة أبو زكريا محي الدين بن شرف المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - المجموع شرح المهذب للشيرازي ، مطبعة التضامن الأخوي بالقاهرة .
مصر .

٦٤ - السمعاني : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار المتوفى سنة ٤٨٩ هـ - الاصطلاح - مخطوط بمعه - المخطوطات - التابع لجامعة الدول العربية - أصول فقه شافعي .

٦٥ - عميرة : الشيخ شهاب الدين أحمد المتوفى سنة ٩٥٢ هـ - حاشية على شرح الجلال المحلي على المنهاج - مطبعة دار احياء الكتب العربية .

٦٦ - قليوبسي : الامام المحقق شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلام المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ - حاشية على شرح الجلال المحلي على المنهاج - دار احياء الكتب العربية .

٦٧ - الرملی : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ٩٢٢ هـ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٥٨ هـ ، وطبعة ١٣٨٦ هـ .

٦٨ - الرملی الكبير : أبو العباس أحمد بن حسين بن حسين الأنصاري المتوفى سنة ٨٤٤ هـ - حاشية على أسنى المطالب - المطبعة الميمنية سنة ١٣١٣ هـ .

٦٩ - الرافعي : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد - فتح العزيز - شرح الوجيز - مطبوع مع المجموع للنسوي - مطبعة التضامن الأخوي .

٧٠ - الشافعي : الامام أبو عبد الله محمد بن أدریس المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - الأم - رواية الربيع بن سليمان المرادي عنه - الطبعة الأولى - المطبعة الكبرى بمصر سنة ١٣٢١ هـ .

- ٧١ - الشيرازي : أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف المتوفى سنة ٤٧٦ هـ - المذهب - مطبعة الحلبي - القاهرة ١٣٤٣ هـ .
- ٧٢ - الشبراملي : العلامة أبو الضياء نور الدين علي بن علي المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ - حاشية الشبراملي على نهاية المحتاج - طبعة مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٨٦ هـ .
- ٧٣ - الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧ هـ - مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج - طبعة مصطفى الهادي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٧ هـ .
- ٧٤ - الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد - المتوفى سنة ٥٠٥ هـ - احيا علوم الدين - دار المعرنة بيروت - بدون تاريخ .

د - المذهب الحنبلي :

- ٧٥ - البهوتي : الشيخ العلامة منصور بن يونس فقيه الحنابلة في وقته ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ - شرح منتهى الارادات ، المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى - مطبعة أنصار السنة المحمدية ، والمطبعة العامة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ . وكشاف القناع على متن الاقناع - الطبعة الأولى بمصر - المطبعة العامة .

٧٦ - النجدي : الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي المتوفى سنة ١٣٩٣هـ - حاشية على الروض المربع شرح زاد المستقنع - الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ .

٧٧ - ابن قدامة : الامام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ابن محمد المتوفى سنة ٦٣٠هـ - المغنى على مختصر الخرقى - مطبوع مع الشرح الكبير ، مطبعة المنار بمصر ، ومطبعة الفجالة بالقاهرة ، ومكتبة الرياض الحديثة . والكافي - طبعة المكتب الاسلامي لجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

٧٨ - ابن القيم : الامام شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١هـ - تحفة المودود بأحكام المولود - المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ، وعلام الموقعين عن رب العالمين - دار الجيل سنة ١٩٧٣م ، ودار الفكر ببيروت ، والطريق الحكيمة - دار الكتب العلمية .

٧٩ - ابن رجب : الحافظ أبو الفرج زين العابدين عبدالرحمن بن أحمد البغدادي - القواعد في الفقه الاسلامي - الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م - مكتبة الكليات الأزهرية .

٨٠ - ابن تيمية : شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي المعروف بابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ - الاختيسارات الفقهية - مطبعة السنة المحمدية - مكتبة الرياض الحديثة ، والفتاوى الكبرى - مطبعة العاصمة بالقاهرة سنة ١٩٦٠م - دار المعرفة ببيروت ، والحسبة - المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

- ٨١ - ابن ضويان : العلامة ابراهيم بن محمد بن سالم المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ - منار السبيل في شرح الدليل - الطبعة الأولى - بالمطبعة الهاشمية بدمشق ، والطبعة الأخيرة - للمكتب الاسلامي .

هـ - المذهب الظاهري :

- ٨٢ - ابن حزم الظاهري : الامام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦ هـ - المحلى - تحقيق أحمد محمد شاكر - دار التراث بالقاهرة ، بدون تاريخ ، وطبعة دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر سنة ١٩٦٩ م .

و - المذهب الريدي :

- ٨٣ - ابن المرتضى : الامام المجتهد أحمد بن يحيى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ - كتاب البحر الزخار - الجامع لمذاهب علماء الأئمة - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ م - مؤسسة الرسالة ببيروت .

- ٨٤ - ابن مفتاح : العلامة أبو الحسن عبد الله بن أبي القاسم المتوفى سنة ٨٧٧ هـ - شرح الأزهار المسمى بالمنتزع المختار من الغيث المدرار - مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠ هـ .

- ٨٥ - السياغي : العلامة شرف الدين الحسين بن أحمد المتوفى سنة ١٢٢١ هـ - الروض النضير شرح مجيوع الفقه الكبير - مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

خاسا : المؤلفات الفقهية الحديثة :

- ٨٦ - ابراهيم : الشيخ أحمد - الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الاسلامي - دار الأنصار .
- ٨٧ - الأناسي : الاستاذ المحقق محمد طاهر محمد خالد - شرح المجلة - الطبعة الأولى ، مطبعة حمص سنة ١٩٣٠ م .
- ٨٨ - بدران : الدكتور بدران أبو العينين - الزواج والطلاق في الاسلام - مؤسسة شباب الجامعة .
- ٨٩ - باز : الاستاذ سليم بن رستم اللبناني - شرح مجلة الأحكام العدلية - الطبعة الثالثة .
- ٩٠ - الدريني : الدكتور فتحي ونفة من العلماء - حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن - الطبعة الثانية مؤسسة الرسالة ، بيروت . ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي - مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٨ م .
- ٩١ - أبو زهرة : فلسفة العقوبة في الفقه الاسلامي - القسم الثاني - طبعة ١٩٦٦ م ، والأحوال الشخصية - دار الفكر العربي بدون تاريخ .
- ٩٢ - الزحيلي : د . وهبه - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - الطبعة الأولى - دار الفكر بدمشق ١٩٧٠ م . والفقه الاسلامي وأدلتسه - دار الفكر .

- ٩٣ - الزرقا : الدكتور مصطفى أحمد - المدخل الفقهي العام -
 مطبعة طربسين بدمشق سنة ١٣٨٤ هـ .
 والفعل الضار - دار القلم بدمشق ، دار العلوم
 ببيروت .
- ٩٤ - الحسيني : الدكتور محمد مصطفى شعاته - الأحوال الشخصية -
 الطبعة ١٩٨٣ م .
- ٩٥ - حنفي : الدكتور محمد الحسيني - المدخل لدراسة الفقه
 الاسلامي - الطبعة الثالثة - دار الاتحاد
 العربي - طبعة ١٩٧٤ م .
- ٩٦ - الطنطاوي : الدكتور محمود - الأحوال الشخصية في الشريعة
 الاسلامية - الطبعة الثانية - دار النهضة
 العربية .
- ٩٧ - موسى : الدكتور محمد يوسف - الفقه الاسلامي - الطبعة
 الثالثة - دار احياء الكتاب العربي سنة ١٩٥٨ م .
 وأحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي -
 مؤسسة الغانجي سنة ١٩٥٨ م .
- ٩٨ - المراغسي : الشيخ محمد مصطفى - بحوث في التشريع
 الاسلامي - مطبوعة سنة ١٩٢٧ م - ١٣٤٦ هـ .
- ٩٩ - الموسوعة : موسوعة جمال عبدالناصر للفقه الاسلامي -
 المجلس الأعلى للشئون الاسلامية .
- ١٠٠ - النجار : الدكتور عبدالله مبروك - الحماية المقررة لحقوق
 المؤلفين الادبية في الفقه الاسلامي مقارنسا
 بالقانون - طبعة ١٩٩٠ م .

- ١٠١ - عبد الحميد : الاستاذ الشيخ محمد محي الدين - الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦ م - مكتبة صبيح .
- ١٠٢ - عثمان : الدكتور محمد رأفت - الحقوق والواجبات نسبي الاسلام - الطبعة الأولى - دار الكتاب العربي .
- ١٠٣ - عودة : الاستاذ هبة القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - دار التراث العربي ، القاهرة ١٩٧٧ م .
- ١٠٤ - عيسوي : الشيخ عيسوي أحمد - المدخل للفقهاء الاسلامي - دار الاتحاد العربي للطباعة .
- ١٠٥ - أبو الفتح : الشيخ أحمد - المعاملات في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثانية ١٩٢٣ م - مطبعة النهضة .
- ١٠٦ - فيض الله : الدكتور محمد فوزي - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام - مكتبة دار التراث بالكويست - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ١٠٧ - قدرى : المرحوم محمد باشا - مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان - الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ م - الطبعة الأميركية بمصر .
- ١٠٨ - قليعه جي : الدكتور محمد رواش - موسوعة فقه علي بن أبي طالب - دار الفكر بدمشق - سنة ١٩٨٥ م .

- ١٠٩- الرحيلي : الدكتور رويحي - فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين - مركز البحث العلمي فسي جامعة أم القرى - مكة المكرمة - طبع دار الغرب الاسلامي بيروت سنة ١٤٠٣ هـ .
- ١١٠- شلتوت : الاستاذ الشيخ محمود شيخ الأزهر الأسبق- المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية- مطبعة الأزهر .
- ١١١- شعبان : الاستاذ الشيخ زكي الدين - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية - منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣ م .
- ١١٢- الخنيف : الاستاذ الشيخ علي - الضمان في الفقه الاسلامي - معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١ م - والجزء الثاني - الكفالة والديات - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣ م .
- ١١٣- خلاف : الاستاذ الشيخ عبدالوهاب - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٣٨ م .
- ١١٤- الخياط : الدكتور عبدالعزيز - نظرية العرف - مكتبة الأقصى بعمان .

سادسا : المجلات الفقهية والدوريات :

- ١١٥- الزحيلي : الدكتور وهبة - التعويض عن الضرر - بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - كلية الشريعة جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الأول سنة ١٣٩٩ هـ - والعدد الثالث .

- ١١٦- مرقس : د . سليمان - تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجني عليه - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ م - العدد الأول .
- ١١٧- أبوسنه : الشيخ أحمد فهمي - نظرية الحق - منشور ضمن كتاب الفقه الاسلامي أساس التشريع - لجنة تجلية مبادئ الشريعة الاسلامية بالمجلس الأعلى للشئون الاسلامية .
- ١١٨- الخفيف : الشيخ علي - العدوان - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة العشرين ١٩٥٠ - العددان ٤٠٣ . وتأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته - مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - العدد الخامس .

سابعا : مراجع في اللغة :

- ١١٩- ابن منظور : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي - المعنى المتونى سنة ٧١١ هـ . لسان العرب - دار المعارف .
- ١٢٠- مجمع اللغة : المعجم الوسيط - طبعة ١٩٦٠ م . العربية
- ١٢١- الفيروز آبادي : محي الدين محمد بن يعقوب الشيرازي المتونى سنة ٨١٧ هـ - القاموس المحيط - مطبعة صبيح الطبعة الأخيرة .

- ١٢٢- الرازي : الشيخ الامام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر -
مختار الصحاح - ترتيب محمود خاطر بهيك -
تحقيق لجنة من علماء العربية - دار الفكر
١٩٧٣ م .

ثامنا - الرسائل العلمية :

- ١٢٣- أهوالليل : الدكتور محمد ابراهيم الدسوقي - المسؤولية
المدنية بين التقييد والاطلاق - دار النهضة
العربية .
- ١٢٤- دسوقي : دكتور محمد ابراهيم - تقدير التعويض بين الخطأ
والضرر - جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٣ م - نشر
مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية - بسدون
تاريخ .
- ١٢٥- الدريني : الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده - رسالة
دكتوراه - من جامعة الأزهر - طبع جامعة
دمشق سنة ١٩٦٧ م .
- ١٢٦- اليعقوب : الدكتور بدر جاسم محمد - المسؤولية -
استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي -
القاهرة ١٩٧٧ م .
- ١٢٧- سراج : الدكتور محمد أحمد - ضمان العدوان في الفقه
الاسلامي - دكتوراه من كلية دارالعلوم - جامعة
القاهرة - دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة
١٩٩٠ م .
- ١٢٨- السيد : دكتور مقدم - التعويض عن الضرر المعنوي في
المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - دار الحداثة
ببيروت - الطبعة الاولى - سنة ١٩٨٥ م .

- ١٢٩- السعيد : الدكتور السعيد مصطفى - مدى استعمـال
حقوق الزوجية - رسالة دكتوراه من جامعة
القاهرة سنة ١٩٣٦ م .
- ١٣٠- أبوسنه : الشيخ أحمد فهمي - رسالة العرف والعادة فـي
رأى الفقهاء - مطبعة جامعة الأزهر سنـة
١٩٤٨ م .
- ١٣١- سليمان : الدكتور محمد أحمد - ضمان المتلفات فـي الفقه
الاسلامي - رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر -
مطبوعة - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ م .
- ١٣٢- عامر : الدكتور عبدالعزیز - التعزير فـي الشريعة
الاسلامية - الطبعة الخامسة ١٩٧٦ م .
- ١٣٣- العكام : الدكتور محمد فاروق بدوي - الفعل الموجب
للضمان فـي الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه من
جامعة القاهرة ١٩٧٧ م .
- ١٣٤- عبدالسلام : الدكتور سعيد - التعويض عن ضرر النفس فـي
القانون الوضعي والفقه الاسلامي والدول العربية -
مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية سنة ١٩٩٠ م .
- ١٣٥- العبادي : الدكتور عبدالسلام داود - الملكية فـي الشريعة
الاسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها - دراسة
مقارنة بالنظم الوضعية - رسالة دكتوراه من جامعة
الأزهر - الطبعة الأولى ١٩٧٤ م ، مكتبة
الأقصى بعمان بالأردن .

- ١٣٦- فيض الله : الدكتور محمد فوزى - المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ م - على الآلة الضاربة .
- ١٣٧- فخرى : الدكتور عاطف - الغير في القانون المدنى المصرى - دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٦ م .
- ١٣٨- رفاعى : الدكتور محمد نصر - الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر - دار النهضة العربية بالفاهرة - سنة ١٩٧٨ م .
- ١٣٩- شنب : الدكتور محمد لبيب - المسئولية عن الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى - رسالة دكتوراه مطبوعة - مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٥٧ م .
- ١٤٠- الشامى : دكتور محمد حسين علي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - عين شمس - دكتوراه - مطبوعة - ١٩٩٠ م - دار النهضة العربية .
- ١٤١- شحات : الدكتور شفيق - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى - مطبعة الاعتماد بمصر .

القسم الثاني : مراجع في فقه القانون.

أولا : المراجع العربية :

أ - الكتب والأبحاث :

١٤٢ - الاهواني : الدكتور حسام الدين كامل - الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ م .

١٤٣ - بدر : الدكتور عبدالمنعم بدر والدكتور عبدالمنعم البدر - شرح القانون الروماني - طبعة سنة ١٩٥٤ م .

١٤٤ - بدوي : الاستاذ حلمي بهجت - أصول الالتزامات - الكتاب الأول - مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣ م .

١٤٥ - جمعية : الدكتور نعمان محمد خليل - دروس في الواقعة القانونية - طبعة ١٩٧٢ - دار النهضة العربية .

١٤٦ - جمعية : الاستاذ عبدالمعين لطفي - موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية - التقديرية والعقدية - الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٧ م .

١٤٧ - زناطي : الدكتور محمود سلام - نظم القانون الروماني - دار النهضة العربية سنة ١٩٦٦ م .

- ١٤٨ - زكى : الدكتور محمود جمال الدين - الوجيز فـى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول فى مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٦٨ م .
- ١٤٩ - حجازى : الدكتور عبدالحى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثانى مصادر الالتزام - مكتبة نهضة مصر بالقاهرة ١٩٥٤ م ، ونظرية الحق فى القانون المدنى - مكتبة سيد عبدالله وهبة .
- ١٥٠ - حسنى : الدكتور محمود نجيب شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٨ م .
- ١٥١ - الحكيم : الدكتور عبدالمجيد - مصادر الالتزام - بغداد سنة ١٩٦٩ م .
- ١٥٢ - أبو طالب : الدكتور صوفى - تاريخ النظم القانونى والاجتماعية - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٥ م .
- ١٥٣ - يحيى : الدكتور عبدود - الموجز فى نظرية الالتزام - بدون تاريخ .
- ١٥٤ - ياقوت : الدكتور محمد ناجى - فكرة الحق فى السمعة - منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ م .
- ١٥٥ - كسيرة : الدكتور حسن - أصول القانون - طبعة ١٩٥٩ م .

- ١٥٦- مرسى : الدكتور محمد كامل - الالتزام - الجزء الثاني -
الطبعة الثانية - القاهرة ١٩٥٥ م ، المطبعة
العالمية .
- ١٥٧- مرقس : د . سليمان - المسؤولية المدنية في تقنينات
الدول العربية - القسم الأول - ١٩٧١ ،
والوافية في شرح القانون المدنى - الجزء الثانى -
المجلد الأول - الفعل الضار - طبعة ١٩٨٨ م ،
وبحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية
المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدنى
جمع وتنسيق هدى النمير - مطبعة السلام .
- ١٥٨- مصطفى : الدكتور عمر مدوح - القانون الرومانى - الطبعة
السادسة - دار المعارف بالقاهرة ، سنة
١٩٦٦ م .
- ١٥٩- محبصانى : الدكتور صبحى - النظرية العامة للموجبات
والعقود في الشريعة الاسلامية ، طبعة ١٩٤٨ ،
والطبعة الثالثة دار العلم للملايين ، بيروت
سنة ١٩٨٣ م .
- ١٦٠- مرعى : الاستاذ مصطفى - المسؤولية المدنية في القانون
المصرى - الطبعة الأولى ، مطبعة نسورى -
١٩٣٦ م - ١٣٥٥ هـ .
- ١٦١- مصطفى : الاستاذ الدكتور محمود - شرح قانون الاجراءات
الجنائية - طبعة ١٩٥٥ م ، والطبعة الخامسة
١٩٨٢ م - دار النهضة العربية .

- ١٦٢ - السدهوري : الاستاذ الدكتور عبدالرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني - دار احياء التراث العربي بيروت لبنان .
والموجز في النظرية العامة للالتزام - طبعة لجنة التأليف والترجمة ومصادر الحق فسي الفقه الاسلامي - دار احياء التراث العربي بلبنان .
- ١٦٣ - سلامة : الدكتور أحمد - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٥م والمدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني - طبعة ١٩٧٤م .
- ١٦٤ - سرور : الدكتور محمد شكري - النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٧٩م .
- ١٦ - أهوستيت : الدكتور أحمد عشت - نظرية الالتزام فسي القانون المدني الجديد ، الطبعة الثانية - مطبعة مصر ١٩٥٤م .
- ١٦ - سلطان : دكتور أنور - مصادر الالتزام - الموجز فسي النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - دار النهضة العربية ١٩٨٣م - وطبعة ١٩٦٢م .
- ١٦ - عبدالرحمن : الدكتور حمدي - فكرة الحق - دار الفكر العربي ١٩٨٩م .
- ١٦ - عكوش : الاستاذ حسين - المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة .

- ١٦٩- عامر : الاستاذ حسين - المسئولية المدنية التفسيرية ،
والعقدية - مطبعة مصر ، وطبعة ١٩٧٩ م ،
دارالمعارف مع الاستاذ عبدالرحيم عامر .
- ١٧٠- فرج : الدكتور توفيق حسن - النظرية العامة
للاللتزام - الجزء الأول - في مصادر الالتزام -
طبعة ١٩٧٨ م ، والمدخل للعلوم القانونية -
طبعة ١٩٧٦ م .
- ١٧١- فرج : الدكتور عبدالرازق حسن - النظرية العامة
للاللتزام - المصادر غير الارادية - طبعة جامعة
الملك سعود .
- ١٧٢- فهمي : الدكتور عبدالعزيز باشا - قواعد وأثار فقهية
رومانية - نقلها الى العربية - طبعة جامعة
فؤاد الأول سنة ١٩٤٧ م .
- ١٧٣- الصدة : الدكتور عبدالمنعم فرج - الحقوق العينية
الأصلية - دار النهضة العربية للطباعة
والنشر ببيروت ، ومصادر الالتزام - دار النهضة ،
طبعت ١٩٥٨ ، ١٩٨٤ م .
- ١٧٤- صالح (عبيد) : الدكتور حسنين ابراهيم - جرائم الاعتداء
على الأشخاص - دار النهضة العربية .
- ١٧٥- الشرقاوى : الدكتور جميل - النظرية العامة للاللتزام - الكتاب
الأول - الالتزام - دار النهضة العربية
١٩٧٤ م ، ١٩٨١ م .
- ١٧٦- شحاته : الدكتور شفيق - نظرية الالتزامات في القانون
الروماني - المطبعة العالمية بالقاهرة سنسنة
١٩٦٣ م .

- ١٧٧ - شنب : الدكتور محمد لبیب شنب - دروس في نظریة الالتزام - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٧٦ م .
وموجز في المصادر غیر الارادية للالتزام - دار النهضة العربية بیروت سنة ١٩٦٩ م .
- ١٧٨ - شرف الدین : الدكتور أحمد - انتقال الحق في التعویض عن الضرر الجسدي - طبعة ١٩٨٢ م .
والاحکام الشرعية للأعمال الطبية - الطبعة الثانية ١٩٨٧ م .
- ١٧٩ - تناغسو : الدكتور سمیر - في المبادئ الأساسية نفسي نظرية الالتزام - طبعة ١٩٧٠ م .
- ١٨٠ - الحرمانی : الدكتور عبدالسلام - محاضرات في القانون الروماني - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بغداد سنة ١٩٦٤ م .
- ١٨١ - ذهني : الدكتور عبدالسلام - النظرية العامة للالتزامات - مطبعة مصر سنة ١٩٥٢ م .
- ١٨٢ - الذنون : الدكتور حسن - النظرية العامة للالتزام - بغداد سنة ١٩٦٩ م .
- ١٨٣ - غانم : الدكتور اسماعیل - في النظرية العامة للالتزام - مكتبة عبدالله وهبه ١٩٦٧ م .
ومحاضرات في النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٥٨ م .
والمسئولية التعاقدية - دروس لطلبة الدكتوراه بحقوق عين شمس سنة ١٩٧٦ م .

ب - الدوريات ومجموعات الأحكام :

- | | |
|-------|--|
| ١٨٤ - | : مجلة ادارة قضايا الحكومة تصدرها
ادارة قضايا الحكومة . |
| ١٨٥ - | : مجلة المحاماه - تصدرها نقابة المحامين . |
| ١٨٦ - | : مجموعة أحكام النقض المصرية - اعداد المكتب
الفنى . |
| ١٨٧ - | : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . |
| ١٨٨ - | : مجلة التشريع والقضاء - دار النشر للجامعات
بالقاهرة . |
| ١٨٩ - | : مجموعة القواعد القانونية لربع قرن . |

ثانيا : المراجع الأجنبية :

١ - مراجع في الفقه الفرنسي :

أ - الكتب والأبحاث والتعليقات :

- ١- Aubry et Rau : Droit Civil Français T.6.
Paris 1951 .
- 2- Badinter : Le Droit au Respect de La vie privée
JCF 1968. Doct 2136
- 3- Colin (A) et capitant (H) : Cours elementaire
de droit civil Français, Paris. 1954.
- 4- Charane (A) : La protection de La vie Privée
dans La loi du 17 Juillet 1970, Rev.SC.
Crim. et de pencomp. 1971.P.612. etc.
- 5- Domat : Les lois civiles dans leurs order
naturel, liver 2, titre 8, section 4,
Paris 1777.
- 6- Esmein : Cours de droit civil Approfond deplomed
etudes supérieures droit prive, Paris,
1949 - 1950 .
- 7- Girard (F), Manuel : élémentaire de Droit Ecmain,
septième Edition, Paris 1424 .

- 8- Gomma (N) : Théorie des sources de L'obligation
Thèse, Paris 1960. LG.DJ, 1968.
- 9- Giffard : Droit Romain et Ancien Droit français
les obligations 3^{ed} . Par. Robert
Villevs précis. Dalloz. 1970.
- 10- Marty et Raynaud : Droit civil T. 2, Paris
Sirey. 1962.
- 11- Mazeaud et Tunc : Traité théorique et pratique
de la responsabilité civile délictuelle
et contractuelle T.1. 2^{ed} 1965.
- 12- Mazeaud (H,L) et Chabas : Leçons de droit civil
T.2. 1^{er}, Volum 6 en édition, 1978.
- 13- Savatire(R): Les Métamorphoses économique et
sociales du droit privé d'aujourd'hui,
T.3. Paris 1957.
- 14- Viney (G) : Traité de Droit civil, sous la
direction de Jacques GHESTIN les
obligations, T.4. la responsabilité
conditions 1982, et . T V. la respo-
nsabilités effets 1988.
ب - الدوريات ومجموعات الأحكام :
- 15- Dalloz Périodique . (D)
- 16- Sirey Périodique . (S)
- 17- Revue Trimestrielle de droit civil (R.T.C).

٢ — مراجع في الفقه الانجليزي :

- 18- Brittan : The Right of privacy in England and the United States. *Italian Law Rev.* P. 235, 1963.
- 19- Beane : The Right to privacy and American law Law and contemporary Problems. 1960, Vol. 31, P. 254.
- 20- Dias and Markes his Tort law. *islarendan press* Exford 1984.
- 21- Nizer(L) : The Right of privacy : A Half century's Developments *Minchigan law, Rev.* 1941, Vol. 39, P. 526.
- 22- Prosser (W) : Privacy, *California law Rev.* Vol. 48, August . 1960, P. 380, P. 807, 1ed 1970.

القرآن

الموضوع	الفقرة	المفحة
تقديم .	-	٥
الخطة العامة لدراسة الموضوع .	-	٨
القسم الأول : حقيقة الضرر الأدبي وتطبيقاته في الفقهين الاسلامي والوطني .	-	٩
الباب الأول : حقيقة الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوطني .	٢	١١
الفصل الأول : التعريف بالضرر الأدبي وبيان خصائصه .	٢	١٣
المبحث الأول : التعريف بالضرر الأدبي .	٢	١٣
المطلب الأول : التعريف بالضرر الأدبي في فقه القانون .	٣	١٣
حقيقة الضرر الأدبي .	٤	١٤
الضرر الأدبي في مفهوم الفقهاء .	٥	١٦
المطلب الثاني : التعريف بالضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٦	١٩
اصطلاح الضرر الأدبي مستحدث في الفقه الاسلامي .	٧	٢٢
محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عمن الضرر الأدبي .	٨	٢٣
الأحكام الشرعية تستهدف حماية المصالح المعتمدة .	٩	٢٤
المبحث الثاني : خصائص الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوطني .	١٠	٢٧
المطلب الأول : خصائص الضرر الأدبي في فقه القانون .	١٠	٢٧
أولا : ورود الضرر الأدبي على حقوق ثابتة للانسان .	١١	٢٧

الموضوع	الفقرة	الصفحة
معيار تمييز الضرر الأدبي .	١٢	٢٩
ثانيا : الحقوق الأدبية لا تقوم بالمال .	١٤	٣٥
ما يترتب على عدم مالية الحقوق الأدبية أصالة	١٥	٣٧
عدم القابلية للتصرف أو الانتقال الى الورثة	١٦	٣٧
عدم القابلية للسقوط بالتقادم .	١٩	٤٠
المطلب الثاني : خصائص الضرر الأدبي فسي		
الفقه الاسلامي .	٢٠	٤١
أولا : انه يمثل تعدد على حقوق مقررة لأصحابها .	٢١	٤١
معنى كون الحقوق المعتدى عليها في الضسر		
الأدبي حقوقا لأصحابها .	٢٣	٤٥
ثانيا : المصالح في الضرر الأدبي تقوم على تغليب		
جانب العبد .	٢٧	٤٧
آراء الفقهاء في تغليب حق العبد في حد القذف	٣١	٤٩
الرأى الراجح	٣٤	٥٢
ثالثا : الحقوق الأدبية مآلها الى التمول .	٣٦	٥٤
أساس التمول في الحقوق غير المالية .	٣٧	٥٦
أ - الاعتياض .	٣٨	٥٦
ب - التوارث .	٣٩	٥٩
جريان العرف بتمول الحقوق الأدبية .	٤٠	٥٩
الحقوق الأدبية ترتبط بحفظ مقومات الحياة .	٤١	٦١
الفصل الثاني : شروط قيام الضرر الأدبي فسي		
الفقهاء الاسلامي والوضعي .	٤٢	٦٣
المبحث الأول : شروط قيام الضرر الأدبي في فقه		
القانون .	٤٣	٦٤
أولا : ان ينطوى الضرر على اخلال بمصلحة		
أدبية مشروعة .	٤٤	٦٤

الموضوع	الفقرة	الصفحة
ثانيا : أن يكون الضرر الأدبي محققا .	٤٥	٦٦
ثالثا : أن يكون الضرر الأدبي شخصا .	٤٧	٧٠
رابعا : أن يكون الضرر مباشرا .	٤٩	٧٣
خامسا : أن لا يكون الضرر الأدبي قد سبق التعويض عنه .	٥٠	٧٤
المبحث الثاني : شروط قيام الضرر الأدبي فسي		
الفقه الاسلامي .	٥٢	٧٧
أولا : أن يكون الضرر محققا .	٥٣	٧٧
ثانيا : أن يكون الضرر مباشرا .	٥٦	٨٠
تطبيقات المباشرة في الضرر الأدبي	٥٧	٨٢
أ - الانزاع أو الترويع .	٥٨	٨٢
آراء الفقهاء في مدى ضمان الانزاع .	٥٩	٨٢
أدلة القول الأول .	٦١	٨٣
دليل القول الثاني .	٦٥	٨٥
الرأي الراجح في نظرنا .	٦٦	٨٥
ب الحيلولة .	٦٧	٨٦
آراء الفقهاء في ضمان الحيلولة .	٦٨	٨٦
الرأي الراجح في نظرنا .	٧٠	٨٧
شروط تحقق المباشرة في الضرر الأدبي .	٧١	٨٧
الشرط الأول : أن لا يتحلل سبب أقوى بين الفعل الضار والضرر .	٧١	٨٧
أ - القوة القاهرة .	٧٢	٨٨
ب - تدخل خطأ شخص آخر غير المسئول .	٧٣	٨٨
ج - قطع تسلسل الضرر بسبب آخر .	٧٤	٨٩
الشرط الثاني : أن ينتفى خطأ المضرور .	٧٥	٩١
ثالثا : أن يكون الضرر شخصا .	٧٨	٩٣

الموضوع	الفقرة	الصفحة
القذف بطريق التعريض .	٢٩	٩٤
آراء الفقهاء في مدى ضمان القذف بطريقتي التعريض .	٨٠	٩٥
أدلة القول الأول .	٨٢	٩٦
أدلة القول الثاني .	٨٦	٩٨
مناقشة أدلة القول الأول .	٩٠	١٠٠
مناقشة أدلة القول الثاني .	٩١	١٠٢
الرأي الراجح في نظرنا .	٩٢	١٠٣
القذف الموجه الى جماعة .	٩٣	١٠٣
آراء الفقهاء في مدى ضمان القذف الموجه الى جماعة .	٩٣	١٠٣
أدلة القول الأول .	٩٤	١٠٤
أدلة القول الثاني .	٩٨	١٠٦
الرأي الراجح في نظرنا .	٩٩	١٠٦
الباب الثاني : تطبيقات الضرر الأدبي في الفقهيين الاسلامي والوطني .	-	١٠٩
تأصيل الأضرار الأدبية .	١٠٠	١١٠
الفصل الأول : الضرر الأدبي الواقع على سلامة الجسد .	١٠٠	١١١
المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على سلامة الجسد في فقه القانون .	١٠١	١١٢
أثر الوفاة في تحديد عناصر الضرر الأدبي .	١٠٣	١١٤
التمييز بين الدعوى الوراثية والدعوى الشخصية .	١٠٤	١١٥
الضرر في كل من الدعويين .	١٠٥	١١٧
أثار اختلاف الضرر في كل من الدعويين .	١٠٦	١١٩
الضرر الأدبي الناتج عن الوفاة .	١٠٧	١٢٠

الموضوع	الفقرة	الصفحة
الرأى الأول للفتها في مدى تعويض الضرر الأدبي الناتج عن الوفاة .	١٠٨	١٢١
تقييم هذا الرأى .	١٠٩	١٢١
الرأى الثاني .	١١٠	١٢٣
موقف القضاة في كل من فرنسا ومصر .	١١١	١٢٦
الفقه والقضاة يعتبران الموت ضررا ماديا محققا .	١١٣	١٣٠
المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على سلامة الجسد في الفقه الاسلامي .	١١٥	١٣٣
الفرع الأول : الوقت الذي يثبت فيه القصاص .	١١٦	١٣٣
أولا : وقت ثبوت القصاص في الجناية على النفس	١١٧	١٣٣
أراء الفقهاء .	١١٨	١٣٤
أدلة القول الأول .	١٢٠	١٣٦
أدلة القول الثاني .	١٢٨	١٣٩
الرأى الراجع ونتائجه .	١٣٣	١٤٣
ثانيا : وقت ثبوت القصاص في الجناية على مآدون النفس .	١٣٧	١٤٤
الفرع الثاني : الوقت الذي تثبت فيه الدية .	١٣٨	١٤٦
أراء الفقهاء في وقت ثبوت الدية .	١٣٨	١٤٦
القول الأول .	١٣٩	١٤٧
القول الثاني .	١٤٠	١٤٩
أدلة القول الأول .	١٤٠	١٤٩
أدلة القول الثاني .	١٤٦	١٥٣
الرأى الراجع في نظرنا	١٤٩	١٥٤
موازنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي .	١٥٠	١٥٥
الفصل الثاني : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان وسمعته .		١٥٧

الموضوع	الفقرة	الصفحة
المبحث الأول : الضرر الأدبي الواقع على شرف الانسان في فقه القانون .	١٥١	١٥٨
أهمية الحق في السمعة .	١٥٢	١٥٩
تعريف الحق في السمعة .	١٥٣	١٦٠
انجاء التشريع المصري والقضاة .	١٥٤	١٦٢
عناصر الحق في السمعة .	١٥٦	١٦٥
أولا : الجانب الموضوعي أو الشرف .	١٥٧	١٦٥
ثانيا : الجانب الشخصي أو الاعتبار .	١٥٨	١٦٦
الاعتبار الخاص .	١٥٩	١٦٧
الاعتبار المهني .	١٦٠	١٦٨
الاعتبار السياسي .	١٦١	١٦٩
صور الاعتداء على الحق في السمعة .	١٦٢	١٧٠
صور أخرى للضرر الذي ينال من حق السمعة .	١٦٣	١٧٢
المبحث الثاني : الضرر الأدبي الذي ينال من شرف الانسان وسمعته في الفقه الاسلامي .	١٦٤	١٧٤
المطلب الأول : طبيعة القذف وتحريم الاسلام له .	١٦٥	١٧٤
حكم القذف وأثره .	١٦٧	١٧٦
حق الخصومة في الضرر الأدبي الناتج عن القذف .	١٦٨	١٧٧
أولا : حق الخصومة في حال حياة المقذوف .	١٦٩	١٧٧
ثانيا : حق الخصومة في حال موت المقذوف .	١٧٤	١٧٩
شروط انتقال الحق الى الورثة .	١٨٠	١٨٣
وقوع القذف بعد موت المقذوف .	١٨١	١٨٣
رأى الحنفية .	١٨٢	١٨٣
رأى المالكية .	١٨٣	١٨٤

الموضوع	الفقرة	الصفحة
رأى الشافعية .	١٨٤	١٨٥
رأى الحنابلة .	١٨٥	١٨٥
أساس اسناد الحق في استيفاء حد القذف .	١٨٦	١٨٦
المطلب الثاني : طبيعة السباب والغيبة وتحريم الاسلام لهما .	١٨٧	١٨٧
المراد بالسباب وحالات الاباحة فيه .	١٨٨	١٨٧
حالات الاباحة .	١٨٩	١٨٨
معنى الغيبة وحكمها وحالات الاباحة فيها .	١٩١	١٩٠
تحريم الاسلام للغيبة .	١٩٢	١٩١
مناطق التحريم في الغيبة وأدلتها .	١٩٣	١٩١
أدلة تحريم الغيبة .	١٩٤	١٩٢
ظروف اباحة الغيبة .	١٩٩	١٩٤
رد اعتبار المضرور من الغيبة .	٢٠٠	١٩٥
موقف القانون من أسباب الاباحة .	٢٠١	١٩٦
أولا : الطعن في أعمال موظف عام أو من نسي حكمه .	٢٠٢	١٩٦
ثانيا : الالتزام بأداء الشهادة .	٢٠٣	١٩٧
ثالثا : اسناد القذف من خصم لآخر في الدفاع .	٢٠٤	١٩٨
رابعا : حق النقد ونشر الأخبار في الصحف .	٢٠٥	١٩٩
المطلب الثالث : الضرر الأدبي الناشئ عن زوال البكارة .	٢٠٦	٢٠١
الفصل الثالث : الضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الانسان .	٢٠٨	٢٠٣
تطبيقات الضرر الأدبي الذي يمس المشاعر والعواطف .	٢٠٩	٢٠٤

<u>الموضوع</u>	<u>الفقرة</u>	<u>الصفحة</u>
أحوال الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الانسان .	٢١١	٢٠٦
المبحث الأول : الضرر الأدبي الناشئ عن الرجوع في الخطبة .	٢١٢	٢٠٦
المطلب الأول : اتجاه الفقه والقضاء الوضعي في التعويض عن فسخ الخطبة .	٢١٣	٢٠٧
المطلب الثاني : الضرر الأدبي الناشئ عن نسخ الخطبة عند نقضها الشريعة .	٢١٥	٢١٠
ليس في كتب القدامى ذكر لهذه المسألة .	٢١٧	٢١٢
أساس قيام الضرر في العدول عن الخطبة .	٢١٨	٢١٣
المبحث الثاني : الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق .	٢٢١	٢١٦
المطلب الأول : الضرر الأدبي الناشئ عن سن الطلاق في الفقه الاسلامي .	٢٢٢	٢١٧
الضرر الذي يحدث من جانب الزوج .	٢٢٣	٢١٧
الضرر الذي يحدث من جانب الزوجة .	٢٢٤	٢١٨
الفرع الأول : الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق من قبل الزوج .	٢٢٥	٢١٨
أولا : وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول .	٢٢٦	٢١٨
شروط وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول .	٢٢٩	٢٢١
طبيعة المال المستحق للمرأة بالطلاق قبيل الدخول .	٢٣٠	٢٢٣
ثانيا : استحقاق المطلقة للمتعة .	٢٣١	٢٢٤
حكم المتعة والدليل عليه .	٢٣٢	٢٢٥
يجب لاستحقاق المتعة أن تكون الفرقة من قبل الزوج .	٢٣٦	٢٢٨

<u>الموضوع</u>	<u>الفقرة</u>	<u>الصفحة</u>
وجوب المتعة للزوجة تعويض عن ألم الفراق .	٢٢٧	٢٢٨
الفرع الثاني : تعويض الضرر الأدبي الناشئ		
عن الخلع .	٢٢٨	٢٢٩
أولا : التعريف بالخلع وبيان طبيعته .	٢٢٩	٢٢٩
أدلة مشروعية الخلع .	٢٤٠	٢٣٠
التكييف الفقهي للخلع .	٢٤٥	٢٣٣
آثار التكييف الفقهي للخلع .	٢٤٧	٢٣٤
الآثار التي تترتب على وقوع الخلع .	٢٤٨	٢٣٥
مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسى .	٢٥٠	٢٣٨
ثانيا : الطلاق على مال .	٢٥١	٢٣٩
أ — الأحكام التي يتفق فيها الخلع مع الطلاق على مال .	٢٥٢	٢٣٩
ب — الأحكام التي يختلف فيها الخلع مع الطلاق على مال .	٢٥٣	٢٤٠
المطلب الثاني : اتجاه الفقه الوضعى والقضا		
في التعويض عن الطلاق .	٢٥٤	٢٤١
أولا : طبيعة حق الطلاق -	٢٥٥	٢٤١
محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد .	٢٥٧	٢٤٣
الاتجاه القاضى باطلاق حق الطلاق منتقد .	٢٥٨	٢٤٤
ثانيا : الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق .	٢٥٩	٢٤٦
اتجاهان حول مضمون التعويض عن الطلاق .	٢٦٠	٢٤٦
تقييم هذين الاتجاهين .	٢٦٤	٢٤٩
الفصل الرابع : الضرر الأدبي الناشئ عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للإنسان .	٢٦٦	٢٥٣

الموضوع	الفقرة	الصفحة
الاعتداء المجرى على حق مالى للشخص في نفسه الاسلامى .	٢٦٢	٢٥٣
١ - تراجع السعر .	٢٦٢	٢٥٤
٢ - قوات جزء من العين المفصولة .	٢٦٢	٢٥٥
٣ - قوات وصف مرغوب فيه .	٢٦٢	٢٥٥
٤ - قوات معنى مرغوب فيه .	٢٦٢	٢٥٥
خلاصة رأى الفقهاء في ضمان النقص المعنوى .	٢٦٨	٢٥٦
صور الاعتداء المجرى على الحقوق غير العاليسة الثابتة للشخص .	٢٧٠	٢٥٨
المبحث الأول : الضرر الأدبى الواقع على حسق الانسان في تمييز ذاته .	-	٢٥٩
المطلب الأول : الضرر الأدبى الواقع على حسق الانسان في تمييز ذاته نفسى القانون .	٢٧١	٢٥٩
مضنون حق الانسان في تمييز ذاته .	٢٧٢	٢٥٩
الطبيعة القانونية للحق في الاسم المدنى .	٢٧٣	٢٦١
الاسم المستعار يشبه الاسم المدنى .	٢٧٥	٢٦٣
وظائف الاسم المستعار .	٢٧٦	٢٦٤
الاسم التجارى .	٢٧٧	٢٦٥
صور التعدى على حق الانسان في اسمه .	٢٧٨	٢٦٥
لا يشترط الضرر لحماية الحق في الاسم	٢٧٩	٢٦٦
المطلب الثانى : الضرر الأدبى الواقع على حسق الانسان في تمييز ذاته نفسى الفقه الاسلامى .	٢٨٠	٢٦٨
تعريف الاسم لغة واصطلاحاً .	٢٨٠	٢٦٨

الموضوع	الفقرة	الصفحة
الكنية واللقب كالاسم في التعريف .	٢٨١	٢٦٨
الوصف الشرعي لتسمية الانسان .	٢٨٢	٢٦٩
جهة التكليف بالوجوب .	٢٨٣	٢٧١
طبيعة الحق في التسمية في الفقه الاسلامي .	٢٨٤	٢٧٢
مظاهر الخصوصية في حق الانسان على اسمه .	٢٨٥	٢٧٢
تغيير الأسماء ذات المعاني الكريهة .	٢٨٦	٢٧٤
مظاهر العمومية في حق الانسان على اسمه .	٢٨٧	٢٧٦
التعدي الواقع على حق الانسان في تمييز ذاته .	٢٨٨	٢٧٧
أولا : انتحال الاسم بغير حق .	٢٨٩	٢٧٨
ثانيا : تشويه سمعة الاسم الأدبية .	٢٩٠	٢٧٩
المبحث الثاني : الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية .	-	٢٨١
المطلب الأول : الضرر الأدبي الواقع على الحق في الخصوصية في فقه القانون .	٢٩٢	٢٨١
مرونة فكرة الحياة الخاصة .	٢٩٣	٢٨٢
المحاولات الفقهية لتعريف حق الخصوصية .	٢٩٤	٢٨٣
تعريف معهد القانون الأمريكي .	٢٩٥	٢٨٣
التعريف الذي ذهب اليه جانب من الفقهاء الأمريكي .	٢٩٦	٢٨٤
تعريف الخصوصية بأخراجها من الحياة العامة .	٢٩٧	٢٨٥
تعريف الحق في الخصوصية .	٣٠٢	٢٩١
أهمية الحق في الخصوصية .	٣٠٣	٢٩١
موقف التشريع المصري من الحق في الخصوصية .	٣٠٤	٢٩٢
صور التعدي على حق الخصوصية .	٣٠٦	٢٩٦
أولا : التجسس على الحياة الخاصة وصوره .	٣٠٧	٢٩٦

<u>الموضوع</u>	<u>الفقرة</u>	<u>الصفحة</u>
أ - استراق السمع وتسجيل المحادثات الخاصة .	٣٠٨	٢٩٧
ب - التقاط أو نقل صورة للشخص .	٣٠٩	٢٩٧
ثانيا : الكشف عن خصوصيات الانسان .	٣١٠	٢٩٨
المطلب الثاني : الضرر الواقع على خصوصيات الانسان في الفقه الاسلامي .	٣١١	٣٠٠
حقيقة الحق في الخصوصية في الفقه الاسلامي .	٣١٢	٣٠٠
محل الحق في الخصوصية ومكانها .	٣١٣	٣٠١
بيت الانسان ستر عورته .	٣١٤	٣٠١
تنظيم الاسلام لجانب الخصوصية في حياة الانسان .	٣١٥	٣٠٣
أولا : التنظيم الفقهي لدخول البيوت .	٣١٦	٣٠٣
أ - اقرار الشارع لحق الخصوصية .	٣١٧	٣٠٤
ب - ممارسة حق الخصوصية في مواجهة الغير .	٣١٨	٣٠٤
شروط رضی صاحب البيت بالدخول .	٣١٩	٣٠٥
الأول : ان يوجد الاستئذان من الغير .	٣٢٠	٣٠٥
آداب الاستئذان وصورته .	٣٢١	٣٠٥
الثاني : أن يكشف المستأذن عن شخصيته .	٣٢٢	٣٠٧
الثالث : يحرم النظر داخل البيت حال الاذن .	٣٢٣	٣٠٧
المتملص على بيت غيره صائسل	٣٢٥	٣٠٨
الرابع : أن يصدر اذن صاحب البيت بالدخول	٣٢٦	٣١٠
ثانيا : تحريم الاسلام للتجسس .	٣٢٧	٣١٠
حقيقة التجسس ووجه التعدي فيه .	٣٢٨	٣١١
خصائص التجريم في محال التعدي على الخصوصية	٣٢٩	٣١٢
أولا : لا يشترط حصول ضرر للمتلمص عليه .	٣٣٠	٣١٢
ثانيا : لا يشترط توافر القصد لدى المعتدي .	٣٣١	٣١٣

الموضوع	الفقرة	الصفحة
القسم الثاني : مدى ضمان الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوضعي .	-	٣١٥
الباب الأول : التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته .	-	٣١٧
الفصل الأول : التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي ومشروعيته في النظم الوضعية .	-	٣١٩
المبحث الأول : التطور التاريخي لضمان الضرر الأدبي .	٣٢٠	٣٢٣
تطور أحكام المسؤولية المدنية .	٣٣١	٣٣٩
المبحث الثاني : ضمان الضرر الأدبي في ظل النظم المعاصرة .	٣٣٥	٣٤١
اجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي .	٣٣٧	٣٤٢
الضرر الأدبي في التقنيات العربية الجديدة .	٣٤٥	٣٤٣
الفصل الثاني : ضمان الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٣٤٧	٣٤٥
اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي .	٣٥١	٣٤٩
المبحث الأول : أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي .	٣٥٨	٣٥٥
أولا : من القرآن الكريم .	٣٥٨	٣٥٥
ثانيا : أدلتهم من السنة .	٣٥٨	٣٥٦
ثالثا : آثار الصحابة .	٣٦٥	٣٦١
رابعا : الاجماع .	٣٧٠	٣٦٤
خامسا : دليلهم من المعقول .	٣٧١	٣٦٥

الموضوع	الفقرة	الصفحة
المبحث الثاني : أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي .	٣٦٦	٣٧٢
مناقشة أدلة القول الأول .	٣٧٠	٣٧٤
مناقشة أدلة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي .	٣٧٤	٣٧٧
خلاصة الدراسة .	٣٧٧	٣٨٢
الرأى الراجح في نظرنا .	٣٨٠	٣٨٢
الباب الثاني : مضمون التعويض عن الضرر الأدبي ونطاقه في الفقهين الاسلامي والوضعي .	٣٨١	٣٨٥
الفصل الأول : أساليب التعويض عن الضرر الأدبي وكيفية تقديره .	٣٨٢	٣٨٧
المبحث الأول : أساليب التعويض عن الضرر الأدبي .	-	٣٨٨
المطلب الأول : أساليب التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون .	٣٨٢	٣٨٨
التعويض يختلف عن العقوبة .	٣٨٤	٣٨٨
أنواع التعويض عن الضرر .	٣٨٥	٣٨٩
الفرع الأول : التعويض العيني للضرر الأدبي .	٣٨٦	٣٩١
حق الرد أو حق التصحيح .	٣٨٧	٣٩٣
المساس بالحق الأدبي في كتاب .	٣٨٨	٣٩٤
شروط الحكم بالتعويض العيني .	٣٨٩	٣٩٥
أولا : أن يكون التعويض العيني ممكنا .	٣٩٠	٣٩٥
ثانيا : أن لا يكون في التعويض العيني ارهاق للمدين .	٣٩١	٣٩٦

الموضوع	الفقرة	الصفحة
ثالثا : أن يكون التعويض العيني حسبما تقتضيه الظروف .	٣٩٢	٣٩٦
رابعا : أن يطلب المضرور التعويض العيني .	٣٩٣	٣٩٧
الفرع الثاني : التعويض بمقابل للضرر الأدبي .	٣٩٤	٣٩٨
المطلب الثاني : أساليب التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٣٩٥	٤٠٠
الفرع الأول : التعويض العيني للضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٣٩٦	٤٠١
تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي .	٣٩٧	٤٠٣
أ - تكذيب المعتدى لما قاله .	٣٩٨	٤٠٣
دليل التعويض العيني للسب .	٣٩٩	٤٠٤
التعويض العيني للغيبة .	٤٠١	٤٠٥
نطاق الالتزام بالتعويض العيني .	٤٠٢	٤٠٦
ب - التعويض العيني للتعدى على حق الخصوصية .	٤٠٣	٤٠٧
آراء الفقهاء في التعويض العيني للتعدى على حق الخصوصية .	٤٠٤	٤٠٧
شروط ازالة العينية .	٤٠٦	٤٠٨
أولا : أن يكون احداث الفتحة ما يؤدي الى أذى الجار .	٤٠٦	٤٠٨
ثانيا : أن يكون فتح الكوة حادثا .	٤٠٧	٤٠٩
ثالثا : أن تكون الفتحة أقل من قامصة الانسان .	٤٠٩	٤١٠
دفع الضرر الأدبي مقدم على دفع الضرر المالى .	٤١٣	٤١٥
شروط صحة التعويض العيني .	٤١٤	٤١٥
الفرع الثاني : التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٤١٥	٤١٧

الموضوع	الفقرة	الصفحة
المبحث الثاني : كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهين الاسلامي والوطني .	٤١٧	٤١٨
المطلب الأول : كيفية تقدير التعويض في فقه القانون .	٤١٧	٤١٨
الفرع الأول : السمات البارزة في تقدير التعويض .	-	٤١٨
أولاً : قيام التقدير على اعتبارات ذاتية .	٤١٨	٤١٨
القانون الانجليزي يتجه نحو تحديد التعويض .	٤١٩	٤٢٠
الاستعانة في تقدير التعويض بالكسب الفائت .	٤٢٢	٤٢٣
ثانياً : تردد التعويض بين التفتير والمبالغة .	٤٢٤	٤٢٤
فكرة التعويض المشدد .	٤٢٥	٤٢٥
الفرع الثاني : معايير التقدير المقبول لتعويض الضرر الأدبي .	٤٢٦	٤٢٧
أولاً : عناصر التعويض في الضرر الأدبي .	٤٢٧	٤٢٧
ثانياً : مقدار التعويض في الضرر الأدبي .	٤٣٠	٤٣٠
ثالثاً : مراعاة الظروف الملازمة في تقدير التعويض .	٤٣١	٤٣٣
أ - الاعتداد بشرة الطرفين .	٤٣٢	٤٣٣
ب - الاعتداد بدرجة الخطأ .	٤٣٣	٤٣٥
ج - الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه .	٤٣٤	٤٣٧
المبحث الثاني : كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٤٣٥	٤٤٠

الموضوع	الفقرة	الصفحة
الفرع الأول : التقدير غير الارادى لتعويض		
الضرر الأدبى .	-	٤٤٠
تقدير التعويض بنص الشارع .	٤٣٦	٤٤٠
مجال تقدير التعويض بنص الشارع .	٤٣٧	٤٤١
تعويض النفس والمنافع والأطراف .	٤٣٨	٤٤٢
فقد الحياة أو ضياع معانى الجسد .	٤٤٠	٤٤٣
فقد الأعضاء واحداث الجروح .	٤٤٣	٤٤٥
التقدير المحدد لتعويض الجروح والشجاج .	٤٤٤	٤٤٧
مقومات التقدير المحدد بالنص .	٤٤٥	٤٤٧
زيادة الألم تستوجب زيادة التقدير .	-	٤٤٨
مقدار الزيادة الواردة في التقدير .	٤٤٧	٤٥٠
ظروف استحقاق زيادة التقدير .	٤٤٨	٤٥١
أ - الظروف المرتبطة بالمعتدى عليه .	٤٤٩	٤٥١
ب - ظروف التعدى الزمانية والمكانية .	٤٥٠	٤٥١
ج - الظروف المقرنة بطبيعة الضرر .	٤٥١	٤٥٢
ثانيا : تقدير التعويض بحكومة العدل .	٤٥٢	٤٥٤
مجال تقدير حكومة العدل .	٤٥٣	٤٥٥
المعايير التقديرية لحكومة العدل .	٤٥٥	٤٥٧
أ - معايير تقدير النية .	٤٥٦	٤٥٧
١ - طريق الافتراض .	٤٥٧	٤٥٨
٢ - طريق التقريب .	٤٥٨	٤٥٨
٣ - طريق التقدير العملى .	٤٥٩	٤٥٩
ب - معايير تقدير الضرر .	٤٦٠	٤٦٠
أولا : تقدير الضرر في نوات السلامة .	٤٦١	٤٦١
١ - الضرر الواقع على القوى العقلية .	٤٦٢	٤٦١
٢ - تقدير الضرر الواقع على نعمة البصر .	٤٦٣	٤٦٣

الموضوع	الفقرة	الصفحة
٣- الضرر الواقع على النطق	٤٦٤	٤٦٣
٤- الضرر الواقع على السمع	٤٦٥	٤٦٤
٥- الضرر الواقع على الشم والذوق	٤٦٦	٤٦٤
ثانيا : تقدير الضرر الأدبي في المجاسلات الأخرى .	٤٦٧	٤٦٥
أ - الضرر الأدبي المقترب بخسارة مالية .	٤٦٨	٤٦٥
ب - الضرر الأدبي الخالص .	٤٦٩	٤٦٦
مرونة نظام التعزير .	٤٧٠	٤٦٦
الفرع الثاني : التقدير الارادى لتعويض الضرر الأدبي .	٤٧١	٤٦٨
أولا : مقدار ما تستحقه المطلقة قبل الدخول .	٤٧٢	٤٦٨
المهر المفروض بعد العقد .	٤٧٣	٤٧٠
مقدار القسمة اذا استحققت .	٤٧٤	٤٧٠
ثانيا : مقدار بدل الخلع .	٤٧٥	٤٧٢
الفصل الثاني : طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي ومدى انتقاله الى الورثة فسي الفقهاء الاسلامي والوضعي .	٤٧٧	٤٧٥
المبحث الأول : طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي .	-	٤٧٦
المطلب الأول : طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في فقه القانون .	٤٧٨	٤٧٦
اتجاهات الفقه حول طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي .	٤٧٩	٤٧٧

<u>الموضوع</u>	<u>الفقرة المنحة</u>
أولا : التعويض عن الضرر الأدبي نوع ——— العقوبة الخاصة .	٤٨٠ ٤٧٧
مظاهر صفة العقوبة الخاصة في التعويض عن الضرر الأدبي .	٤٨١ ٤٨٠
تقدير فكرة العقوبة الخاصة .	٤٨٢ ٤٨١
ثانيا : الصفة التعويضية لتعويض الضرر الأدبي	٤٨٣ ٤٨٢
المطلب الثاني : طبيعة التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الاسلامي .	٤٨٥ ٤٨٦
محل المصلحة المعتدى عليها في الضرر الأدبي .	٤٨٦ ٤٨٧
البحث الثاني : مدى انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في الفقهاء الاسلامي والوضعي .	٤٨٨ -
المطلب الأول : مدى انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة نفسي القانون .	٤٨٧ ٤٨٨
الفرع الأول : الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض .	٤٨٩ ٤٩٠
مقاصد التقييد في التشريع المصري . اتجاه بعض التشريعات العربية في توسيع دائرة الأقارب .	٤٩٢ ٤٩٢ ٤٩٥ ٤٩٥
الفرع الثاني : قيود انتقال الحق في التعويض الى الورثة .	٤٩٧ -
أولا : انتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي .	٤٩٦ ٤٩٧

الموضوع	الفقرة	الصفحة
ثانيا : انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي .	٤٩٩	٥٠٠
الاتجاهات التي تحكم انتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي .	٥٠٠	٥٠١
الاتجاه الأول : تقييد انتقال حق التعويض الى الورثة .	٥٠١	٥٠١
الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد .	٥٠٢	٥٠٢
أ - طبيعة الحق ونشأته .	٥٠٣	٥٠٢
ب - افتراض تنازل المضرور قبل وفاته .	٥٠٤	٥٠٣
ج - شخصية التعويض عن الضرر الأدبي	٥٠٥	٥٠٤
د - مخالفة انتقال التعويض لقواعد الاختصاص القضائي .	٥٠٦	٥٠٤
الاتجاه الثاني : انتقال حق التعويض ما دام المضرور لم يتنازل عنه .	٥٠٧	٥٠٥
مناقشة الأسس التي يقوم عليها الاتجاه المقيد .	٥٠٨	٥٠٧
موقف القانون المدني المصري من تلك الاتجاهات .	٥١٣	٥١٠
أولا : الطابع المالي للحق في التعويض عن الضرر الأدبي .	٥١٤	٥١٢
ثانيا : الطابع الشخصي للحق في التعويض عن الضرر الأدبي .	٥١٥	٥١٣
ثالثا : مدى اعتبار الورثة من الغير .	٥١٦	٥١٥
لفظ الغير لا يسرى على الورثة .	٥١٨	٥١٨
موقف القانون المدني المصري منتقد .	٥٢١	٥٢١

<u>الموضوع</u>	<u>الفترة</u>	<u>الصفحة</u>
المطلب الثاني : انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي السي الورثة في الفقه الاسلامي .	-	٥٢٢ .
طبيعة الحق المنتقل الى الورثة .	٥٢٢	٥٢٢
تحديد أصحاب الحق في التعويض .	٥٢٥	٥٢٤
ثبت المراجع	-	٥٢٩

(وقتل رب زدني علما)

رقم الإيداع بدار الكتب

٨٨٣٥ / ١٩٩٠ م .

I. S. B . N : 977 - 00 - 0859 - 1



0582837